(4.

P E'

ZII MATERNI DELL'ESTINTO MARCHESE DI DUCENTA

SALVATORE FOLGORI.

Nella Suprema Corte di Giustizia.

Commessario il meritevolissimo signor Consigliere Savaresi.

» La Corte Suprema di Giustizia giudicherà non dell' interesse de' litigan-
» ti, ma di quello della legge, ed in conseguenza non conoscerà del
» merito delle cause, ma delle decisioni, e delle sentenze delle Gran
» Corti, e de' Tribunali COL SOLO OGGETTO SE SIANO O NO CONFORMI
» ALLA LEGGE.

» Annullerà tutte le decisioni, e tutte le sentenze inappellabili, nelle quali
» sieno state violate le forme essenziali di rito, o SIASI MANIFESTAMENTE
» CONTRAVVENUTO AL TESTO DELLE LEGGI E DE' DECRETI.

(Art. 113 e 114 della legge organica dell' ordine giudiziario de' 29 maggio 1817).

La celebre causa della successione all' ultimo marchese di Ducenta Salvatore Folgori, giudicata cogli stessi principj da' primi e da' secondi Giudici, è già sottoposta allo scrutinio severo della Suprema Corte di Giustizia. I zii paterni del defunto han creduto avvalersi di questo straordinario sperimento, lusingati dalla speranza di veder annullata la decisione che suggella il loro evidentissimo torto.

Noi che sosteniamo gli zii dal materno lato, saremo questa volta discreti nella confutazione del sistema immaginato da' sommi uomini che abbiamo a fronte. In Suprema Corte mal si soffrirebbero le lunghe dimostrazioni, poichè le attribuzioni di un Collegio che sovrasta a tutto l' ordine giudiziario, ed unicamente veglia per la esatta osservanza delle leggi, escludono l' uso di qualsiasi ragionamento che tenda a denaturarle.

Il nostro piano di difesa è qual dovea essere. I ricorrenti si dolgono che la G. C. Civile abbia nella sua decisione violato moltissime leggi. Noi dobbiamo dimostrare l' opposto; e per farlo,

divideremo in due parti principali il lavoro. Nella prima, con brevi annotazioni al margine della decisione, indicheremo le leggi dalle quali derivano le massime adottate. Così la decisione medesima uscirà illesa dalle censure che s' inventarono per abbatterla; e si dileguerà per controcolpo il pericolo dell' annullamento. — Nella seconda parte confuteremo un per uno i mezzi contenuti ne' diversi ricorsi de' signori Folgori, affinchè non rimanga alcun dubbio sul merito di un giudicato, che per la verità de' principj da' quali parte, e per la esattezza della loro applicazione, offre un esempio luminoso della fermezza de' suoi autori, e del rispetto lo più assoluto per la giustizia.

PARTE PRIMA.

TESTO DELLA DECISIONE.

PRIMA QUISTIONE.

Nel testamento che il marchese di Ducenta D. Ferdinando Folgori scrisse nel 1801 per gli atti di notar Saurini, vi è mai una sostituzione pupillare?

Atteso che per legge allora si ammette una sostituzione pupillare, quando il padre, dopo aver disposto della sua eredità, nello stesso atto, o in atto posteriore passi a disporre della eredità, e de' beni del figlio pel caso in cui muoja prima di giungere alla pubertà (1); ed è perciò che il pupillar sostituito diviene l'immediato successore, non del sostituente, ma del pupillo (2).

Atteso che ove il padre, instituendo erede il figlio impubere, diagli un sostituito ne' soli beni di esso testatore, per raccorli se l' erede in età pupillare sen muoja, lungi di esser questa una sostituzione pupillare (3), sarà fedecommessaria colla

CONFORMITA' DELLA DECISIONE COLLA LEGGE.

(1) L. 2 pr. et §§. 1 et 4 ff. de vulg. L. 10 §. 5, e L. 16 ff. eod. Pr. instit. de pupill.

(2) Cit. LL. 2, e 10 §. 5 ff. de vulg. Princ. et §. 2 instit. de pupill.

(3) Sentasi il giureconsulto Ulpiano, che solo basta a giustificare tutto il ragionamento della Gran Corte: Ad substitutos pupillares pertinent, et si quae postea pupillis obvenerint: *neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis*; cum et exheredato substituere quis possit: nisi mihi proponas militem esse, qui substituit heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt (L. 10 §. 5 ff. de vulg.).

condizione aggiunta, si filius in pupillari aetate decesserit (4): *del qual modo di sostituire si hanno gli esempj in varj luoghi del dritto romano, e precisamente nella L. 41 §. 3 ff.* de vulg. *ec.* (5). *Difatti quando il testatore sostituisca soltanto ne' beni suoi, cessa il motivo e l'oggetto della pupillare, principalmente diretti a dare al pupillo il bene e l' onore di morire con un erede testamentario* (6), *poichè nella specie la eredità del pupillo, lungi di passare al sostituito, si raccoglierebbe da' di lui legittimi eredi* (7).

Atteso che il marchese D. Ferdinando Folgori nel testamento che scrisse nel 1801, dopo aver contemplato il caso di mancamento de' figli, o della morte di costoro in età pupillare ab intestato, *aggiunse*: « *Istituisco detta marchesa D. Marianna mia dilettissima moglie, guardando però il letto vedovile, erede usufruttuaria di tutti li miei beni, che per qualsivoglia titolo e ragione a me si appartengono e possono appartenere ec.* ». *E la stessa limitazione fu dal testatore in più luoghi dell' atto espressamente ripetuta, per modo che, essendo chiara la volontà ch' egli ebbe di sostituire ne' soli suoi beni, in vano si vuol creare una sostituzione pupillare, la quale*

(4) Questa verità legale è sostenuta da tutto il testamento di Ferdinando Folgori. Ved. la L. 2 cod. commun. de leg. L. 15 cod. de testam.

(5) Oltre la legge additata in esempio nella decisione, possono riscontrarsi la L. 33 ff. de vulg., le LL. 36 §. 1, 48, 49 e 102 ff. de condit. e la L. ult. cod. de his qui ven. aetat. In queste ed altre moltissime leggi, la piena storia delle quali rincrescerebbe, la ETA' vedesi stabilita come condizione nell' eredità e ne' legati. Ved. in oltre la confutazione del primo mezzo di annullamento.

(6) L. 42 pr. ff. de adquir. vel omitt. hered. Defunctorum interest ut habeant successores, L. 6 ff. de interr. in jure fac. Ved. anche il pr. delle instit. de vulg. substit.

(7) La ragione è che non fu mente del padre di dare un erede al figlio, ma un secondo erede a lui solo, ove il primo, cioè il figlio, avanti di giugnere alla pubertà, si morisse.

richiede per essenza non un erede del sostituente, ma del pupillo: nella specie si ha una sostituzione fedecommessaria fatta al pupillo, non già una sostituzione pupillare (8).

SECONDA QUISTIONE.

Nella ipotesi affermativa, sarebbe D. Nicola Folgori il pupillar sostituito?

Atteso che se anche tal sostituzione pupillare volesse supporsi nel testamentto del marchese D. Ferdinando, pure si troverebbe ordinata unicamente in vantaggio della di lui moglie marchesa D. Marianna, alla quale per fedecommesso fu sostituito D. Nicola Folgori (9).

Atteso che questa è una verità sostenuta da molti chiarissimi luoghi del testamento. Il marchese dopo di aver istituita erede usufruttaria la moglie, soggiunse: » dopo la morte della quale, o nel caso che la » medesima passasse a seconde nozze, voglio che in detta mia eredità » e beni succeda, e debba succedere » il mio fratello Capitano signor D.

(8) Queste non sono che giustissime conseguenze de' principj legali premessi. Oltracciò la Gran Corte, fondando il suo ragionamento su la volontà chiara del testatore, non può esserne censurata in Suprema Corte. Artic. 113 e 114 della legge organica de' 29 maggio 1817. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, L. ille aut ille §. 1 ff. de leg. 3. Ved. anche la L. 7 in fin. ff. de suppell. leg.

(9) Non incresca questa considerazione, e si abbia la sofferenza di riflettere alle pruove che la Gran Corte adduce per la interpetrazione che adotta.

» *Nicola Folgori*, *e suoi figli e di-*
» *scendenti maschi legittimi e natu-*
» *rali da primogenito in primogenito*
» in perpetuum et in infinitum ». *E*
più oltre : » *succedendo mio fratello*
» *D. Nicola ne' casi predetti alla mia*
» *eredità*, *voglio che ne sia sem-*
» *plice usufruttuario durante la sua*
» *vita*, *e dopo la morte del medesi-*
» *mo succedano e debbano succedere*
» *in essa li suoi figli e discendenti*
» *maschi legittimi e naturali* ». *Fi-*
nalmente il testatore, *dopo che ebbe*
allacciata la sua eredità con perpe-
tui inviti fedecommessarj messi a ca-
rico del primo chiamato D. Nicola
Folgori, *ne garantì l'effetto*, *pre-*
scrivendo l'obbligo di conservare per
restituire, *ne' seguenti termini* : » *A*
» *tale effetto ne' casi predetti proibi-*
» *sco al detto D. Nicola*, *ed agli*
» *altri chiamati in detta primogeni-*
» *tura e fedecommesso l' alienazione*
» *e distrazione de' detti miei beni per*
» *qualunque causa*, *anche privile-*
» *giata e permessa dalle leggi*, *vo-*
» *lendo*, *che detta mia eredità*, *e*
» *beni si conservino nella famiglia in*
» *perpetuo ed in infinito*, *per li chia-*
» *mati in detta primogenitura e fe-*
» *decommesso* . . . . *Parimenti vo-*
» *glio*, *ordino e comando*, *che fa-*
» *cendosi il caso del fedecommesso*
» *ordinato a beneficio di detto D. Ni-*

» *cola, e de' suoi discendenti, o di*
» *qualunque altro da me invitato ec.*

Atteso che tutti questi luoghi del testamento rendono chiara ed indubitata la volontà del marchese D. Ferdinando di aver voluto dare alla moglie l'usufrutto non formale *ma* causale *di tutta la sua eredità, ove mai ne' figurati casi la conseguisse* (10); *e di aver con ordine successivo, ed in via di fedecommesso, invitato D. Nicola Folgori a raccogliere la eredità medesima dopo la morte della marchesa, o prima, se ella si avvisasse di contrar nuove nozze* (11). *E tanto è lungi il supporre, che D. Nicola Folgori fosse chiamato ad aver la proprietà, nel tempo stesso, in cui la moglie del testatore ne otterrebbe l'usufrutto, che lo stesso D. Nicola fu anche invitato a godere del solo usufrutto, il che esclude la idea di una disposizione semplice di usufrutto all'una, di proprietà all'altro* (12). *Altronde il testatore, avendo espressamente ed in più volte spiegato di aver disposto un fedecommesso a favore di D. Nicola Folgori, de' suoi discendenti, e di ogni altro progressivamente invitato, tutte le regole legali si offenderebbero, e la volontà del disponente sarebbe violata, se il Magistrato si arbitrasse di correggerla, creando per D. Nicola*

(10) Questa interpetrazione, lungi di essere capricciosa, come si vede chiaro, è sostenuta da' diversi riferiti luoghi del testamento in esame. È garantita ben anche dalla L. 15 ff. de auro, arg. ec. legatis; dalla L. 12 ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.; dalla L. 25 ff. de usu et usufr. leg. e da un giusto argomento dalla L. 2 ff. ad SC. Trebell., le quali sono state sempre di norma nel foro per definir quando l'usufrutto dovesse intendersi formale, quando pars dominii, ossia causale. Anche le massime adottate dalla Suprema Corte di Giustizia rialzano il merito della nostra decisione, come può vedersi dall'arresto de' 16 novembre 1820 renduto nella causa tra Barba e Gigliozzi.

(11) Sostituzione fedecommessaria vi ha sempre che sia taluno invitato a raccogliere la eredità dopo che altri ne ha goduto non come semplice usufruttuario. Ved. la precedente annotazione.

(12) Questa parte di ragionamento, lumeggiata dalle parole iniziali della L. 33 ff. de usufr., è di una forza tale, che noi non sapremmo a sufficienza descriverla. E la Suprema Corte che per suo instituto non entra nelle nude e semplici quistioni di fatto, non può non applaudire ad un'argomentazione che combacia con tutti i principj in ogni tempo presi per guida della interpetrazione degli atti di ultima volontà.

una sostituzione pupillare, che il testatore in niun caso immaginò, o disse di aver per lui ordinata (13).

Atteso che la circostanza di esser la marchesa D. Marianna premorta al figlio, non migliora la condizione di D. Nicola Folgori, nè fa che da sostituito per fedecommesso possa egli assumere la qualità di pupillar sostituito (14). *Il testatore non scrisse più gradi di sostituzione pupillare, com' eragli permesso dalle leggi del tempo in cui testava* (15), *e molto meno chiamò D. Nicola per volgare espressa, in guisa che potess' egli riputarsi un pupillar sostituito in secondo grado* (16). *Quindi è che dovendo egli ripetere la eredità del nipote, non come immediato successore di costui, ma dalla marchesa pupillar sostituita, ebbe manifestamente un invito fedecommessario, non già diretto, nel quale la tacita pupillare si contenesse* (17).

TERZA QUISTIONE.

Le leggi pubblicate nel 1809, ed in vigore al tempo della morte del sostituente marchese D. Ferdinando, offesero la pupillare ordinata nel 1801?

(13) Vedete le leggi citate nella nota 8. La Gran Corte ha egregiamente tradotte le parole di Giustiniano: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat, L. 3 cod. de liber. praeter.; del giureconsulto Marcello, non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem, L. 69 pr. ff. de leg. 3; e quelle di Tuberone nella L. 7 §. 2 ff. de suppell. leg. Quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quod id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: caeterum nemo existimandus est id dixisse, quod non mente agitavit.

(14) È questa una conseguenza della massima che allora soltanto il secondo sostituito può rimpiazzare il luogo del pupillar sostituito, quando il testatore faccia espressamente più gradi di sostituzione pupillare a' termini della legge. Ved. all' uopo le LL. 13 e 36 ff. de vulg.

(15) Ved. la precedente annotazione.

(16) Come negarlo, se D. Nicola Folgori, lungi di essere invitato per volgare espressa, è sempre chiamato a raccogliere la eredità del testatore dopo la morte della marchesa, o quando ella passasse a seconde nozze? Ferdinando Folgori figurò espressamente il caso che la moglie conseguisse la di lui eredità, non già l' altro che non volesse o non potesse raccoglierla.

(17) Conseguenza naturalissima delle premesse.

Atteso che negli atti di ultima volontà la capacità del testatore debba di necessità verificarsi in due tempi, in quello del fatto testamento, e della morte del testatore: il primo tempo essendo necessario per conoscere se l'atto regger possa nel suo principio, e l'altro per determinare se il testatore ha persistito nella sua volontà, e se al momento in cui questa addiviene irrevocabile e ferma, poteva egli disporre, come dispose (18).

Atteso che siffatti principj cardinali della legislazione non variano nel caso della sostituzione pupillare, poichè sebbene il sostituente disponga di due eredità, della sua, e di quella del figlio, da una sola volontà son tutte e due regolate (19). *Quindi ben si disse dai romani giureconsulti, e si confermò pure da Giustiniano nelle sue* istituzioni *che nel caso della sostituzion pupillare, non due, ma un solo testamento si riconosca; e che le tavole pupillari sien parte, sequela, ed appendice del testamento paterno* (20). *Altronde potendo il sostituente finchè non muoja, o cangiare il nome del sostituito, o tutt' affatto annientare le tavole pupillari, è indubitato, che queste, solo alla morte del sostituente, acquistar possono la loro fermezza, e divenire*

(18) LL. 29 e 210 ff. de regul. jur. §§. 1 e 4 instit. quib. mod. testam. infirm.

(19) §. 2 instit. de pupill. substit. L. 5 ff. qui testam. fac. poss.

(20) L. 2 §. 4, LL. 20, e 38 §. 3 ff. de vulg. L. 28 ff. de reb. auct. jud. possid. §§. 2 et 5 instit. de pupill. Ved. anche le LL. 11 §. 5 ff. ad L. falcid., 34 §. 10 ff. de leg. 1, e le LL. 1 §. 7 ff. quando dies legat. ced., e 10 §. 1 ff. de vulg., ove diversi casi contengonsi di applicazione della massima ricevuta.

irrevocabili : e quindi il testamento del figliuolo, come parte della volontà paterna, non può, in quanto alla sua validità, esser regolato da altre leggi, che da quelle in vigore al tempo in cui la vita del vero autor dell' atto, cioè del padre, si estingue (21).

Atteso che le leggi del 1810, sotto l' impero delle quali il sostituente cessò di vivere, rendevano il padre assolutamente incapace di testare pel figlio (22): *quindi annullaron per sempre l' obbligo imposto a D. Salvatore Folgori di aver per erede colui, che per difetto di età non era capace di eleggerlo* (23).

Atteso che il codice civile e ne' suoi motivi, e nel tutto insieme delle sue disposizioni, rifiuta la pupillare. I processi verbali del consiglio di Stato, e precisamente quello della seduta de' 14 piovoso anno XI, provano che nella formazione di tal novello codice in Francia si ragionò di proposito di siffatta sostituzione, e fu esclusa come graduale (24).

Atteso che i principj del dritto romano sono in questa parte incompatibili con quelli del codice civile, tanto è lungi che le due legislazioni possano congiungersi, o restar in vigore l' antica, senza che la nuova ne fosse offesa (25). *L' alto dominio*

(21) Questo solido ragionamento è un corollario de' principj legali con rara precisione riferiti ed adottati dalla Gran Corte.

(22) L' articolo 895 del codice francese, uniforme all' articolo 815 delle leggi nostre, è così concepito: « Il testamento è un » atto, col quale IL TESTATORE DISPONE, » pel tempo in cui avrà cessato di vivere, » di tutti o di parte DE' SUOI BENI, E CHE » HA LA FACOLTA' DI RIVOCARE ». Ha detto dunque benissimo la Gran Corte Civile che sotto l' impero della legislazione sopravvenuta, il padre sia assolutamente incapace di testare pel figlio impubere. Il trascritto articolo non riconosce testamento allor che non sia l' opera della volontà di colui al quale si attribuisce. E l' articolo 908 dello stesso codice, ritenuto alla lettera nell' articolo 819 delle leggi attuali, dichiarando che *il minore di anni sedici non possa* IN VERUN MODO *disporre*, non fa alcuna limitazione pel caso in cui testi il padre in sua vece.

(23) Conseguenza giustissima. Se è vero che le successioni son regolate dalle leggi in vigore quando si aprono, è doppiamente vera la massima adottata dalla Gran Corte.

(24) Procès verb. de la discussion du code civil tom. 2 pag. 333 et suiv. Paris 1808. Gli autori delle conferenze, nel dar conto della discussione sull' articolo 896, alle pag. 131 e 132 registrano gli stessi principj seguiti dalla Gran Corte.

(25) Leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrariae sint, L. 28 ff. de legibus.

privato, o sia la patria potestà propria de' romani, ch' era la base essenziale della sostituzion pupillare (26), *non è conservata dal nuovo dritto, che ha ricondotto il potere paterno a' giusti e discreti confini, cui per le naturali leggi era d' uopo di riportarlo* (27): *nè le nuove leggi hanno per le successioni testamentarie la predilezione che giustificava la nomina di un erede al figlio, per modo che onta o disonore vi fosse per chi*

(26) Princip. institut. de pupill. L. 8 cod. de impub. et al. substit. L. 41 §. cum filiae ff. de vulg. — Precisamente perchè la patria potestà era per diritto romano base e fondamento della sostituzion pupillare, alla madre non si permetteva di sostituire in tal modo, Princip. iustit. de pupill. L. 33 ff. de vulg.; si poteva sostituire solo a' SUOI ed a' postumi non emancipati, L. 2 ff. de vulg.; era valida la sostituzione a' nipoti che ricaduti sarebbero nell'altrui potestà, se ciò non avvenisse, e adoprando la formola della legge Giunia Velleja, L. 2 pr. ff. de vulg.; si poteva sostituire anche a' diredati, L. 1 §. 2, L. 10 §. 5 ff. eod.; e finalmente la sostituzione svaniva, se pria della morte del testatore era il pupillo emancipato, o dopo si dava in arrogazione, L. 17 §. 1 ff. de adopt.

(27) A ravvisare che la patria potestà propria civium romanorum, è incompatibile con quella che vien regolata nel titolo IX del primo libro del codice civile, basterebbe anche fare un rapporto tra' principj svolti in tal titolo, e le disposizioni indiscrete che forman l'oggetto di leggi non già surte ne' tempi più aspri della romana giurisprudenza, ma in uso sotto gl' imperatori. Risultamento necessario di questo paragone sarebbe che ora il paterfamilias uti legassit super familiae, pecuniae, tutelaeve suae rei ita jus esto, Ulpian. fragm. XI, 14. L. 53 pr. ff. de verb. signif. Princip. instit. de lege falcid., è perfettamente uscito di moda. La nuova legislazione tempera in modo il potere paterno, che in vano si vorrebbe farlo dipendere da alcuno de' principj che guidavan l' antico. La patria potestà de' tempi nostri è

muoja intestato (28) : *molto meno può ora temersi della vita del pupillo, essendosi, colla salutevole instituzione de' consigli di famiglia, e della surrogata tutela, energicamente garantita dalle insidie degli agnati* (29). *Laonde la causa della pupillare essendo nella sua generalità cessata, non può esserne più conservato l' effetto, mentre altra ragionevole causa non avvi per sostenerlo* (30).

Atteso che inoltre la stessa verità deriva luminosa dal confronto di molti articoli del codice civile, direttamente opposti alle disposizioni del dritto romano, in quanto alla pupillare. Il codice civile nell' articolo 895 vuole che il testamento sia l' opera di colui che lo forma, e non versi che su' proprj beni. Questa regola non è, come nel dritto romano, limitata dal dritto conceduto al padre di testar per suo figlio (31). *Più; il codice civile nell' articolo 901 esige, che per la capacità di far donazione o testamento bisogna che il disponente abbia lo spirito sano: ciò dimostra di non potersi questa integrità di mente concepire oltre la persona, della di cui eredità si tratta: ma nel caso della sostituzion pupillare, sano di spirito dovrebb' essere non il figlio, ma il padre, che per lui testa, ciò che costituisce un' altra*

tutt' altra cosa di quella propria de' romani, tal che anche Giustiniano insegnava di non essere gradita a' popoli che romani non fossero: Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus, §. 1 instit. de pat. pot.

(28) E chi potrebbe negarlo? Sta forse scritto in alcun articolo del codice civile, o delle leggi novissime, il famoso UTI PATER LEGASSIT ec. con tutte le sue derivazioni? Vedetene due nella L. 39 ff. de adquir. vel omitt. hered. e nel princ. delle instit. de vulg. substit.

(29) Artic. 420 cod. civ. Art. 342 e seg. legg. civ. Art. 177 leggi della procedura ne' giudizj civili.

(30) L. 129 §. 1 ff. de regul. jur. Cap. 42 de regul. jur. in sexto.

(31) Vedete la nota 22.

arbitraria eccezione alla regola — Le leggi romane alla morte di un impubere deferivano la eredità a' suoi legittimi successori, se però non vi fosse sostituzion pupillare, nel qual caso la successione era testata: ma nel codice civile, quando non vi ha un erede fattizio nominato dalla persona che muore, gli eredi naturali non sono in alcun caso esclusi dal succedere (32): *per lo che non potendo le leggi generali andar sospese da eccezioni presunte* (33), *è evidente, che co' principj del codice civile, la sostituzion pupillare è insociabile* (34). *Oltre che se nelle nuove leggi potesse tale sostituzione aver sede, avrebbe dovuto il legislatore stabilirne il confine, indicando i limiti della impubertà* (35). *Ma di questo periodo della vita il codice civile non parla: di pubertà esso non conserva nè il nome, nè la nozione, dividendo gli uomini in due classi, minori e maggiori; minori sino all' età di ventuno anni compiti, maggiori da questa età perfetta in poi* (36). *Nè sarebbe proprio di ricorrere per tal riguardo alle antiche leggi di già abrogate* (37), *molto più che la materia delle sostituzioni è trattata nel codice civile* (38), *e tra le dirette, solo la volgare si è creduta innocente, e non avvolta nel divieto dell' ar-*

(32) Art. 724 e 1006 cod. civ. Art. 645 e 932 legg. civ.

(33) Massima pregevolissima, la quale è sostenuta dalle leggi di tutti i tempi, e soprattutto dal Real dispaccio de' 26 settembre 1774.

(34) V. la L. 28 ff. de legib.

(35) Come precisamente vedesi praticato nelle leggi romane, protettrici della pupillare.

(36) Art. 388 e 488 cod. civ. Art. 311 e 411 legg. civ.

(37) Decreto de' 22 ottobre 1808. Leggi de' 26 marzo, e 21 maggio 1819.

(38) Art. 896 e seg. cod. civ.

ticolo 896 per le sostituzioni generalmente espresse (39).

Atteso che le leggi vigenti nel 1810 irritarono la pupillare ordinata dal marchese D. Ferdinando nel 1801, anche perchè dopo la morte del sostituente, Salvatore Folgori restò sommesso alla potestà di sua madre (40). *Costei non avea patria potestà nel tempo che la sostituzione fu disposta* (41); *ma indi i nuovi statuti personali gliela concessero* (42), *talchè sopravvivendo al marito, restò ella sola ad esercitare sul figlio il potere, che per le vecchie leggi era al padre esclusivamente attribuito* (43).

QUARTA QUISTIONE.

In ogni caso, la sostituzione della quale si tratta, svanì a' 14, o tutto al più a' 16 anni di Salvatore Folgori?

Atteso che per espresse leggi in vigore al tempo in cui la sostituzione pupillare fu ordinata era stabilito, che questa cessar dovesse all' età di 14 anni pe' maschi, e 12 per le donne, senza che tal diretta sostituzione aver potesse vita più estesa: Masculo

(39) Art. 898 cod. civ. Procès verb. de la discussion du code civ. tom. 2 pag. 333 et suiv.

(40) L. 2 pr., et L. 33 ff. de vulg. L. 17 §. 1 ff. de adopt. Princ. instit. de vulg. et pupill.

(41) §. 3 instit. de patria potest.

(42) Art. 148, 371 e 372 cod. civ. Art. 163, 164, 287 e 288 legg. civ.

(43) Art. 373 cod. civ. Art. 290 legg. civ.

igitur (*insegnò Giustiniano nel* §. 8 *delle instituta de pupillari*) usque ad quatuordecim annos, substitui potest: foeminae usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit (44).

Atteso che D. Salvatore Folgori è morto nell' età di 17 anni compiuti; ed in conseguenza quando la pupillare di cui si contende era già spenta da tre anni (45).

Atteso che la vita di una tal sostituzione non può essere da' nuovi statuti personali allungata, sì perchè questi non riconoscono pubertà (46); *sì perchè le leggi personali, in quanto alle sole qualità civili diconsi retroattive, non già per quegli effetti, che han d'uopo della volontà dell' uomo* (47): *oltre che quando la legge espressa limita e circoscrive la vita della pupillare, non può il Magistrato estenderne a danno de' legittimi successori il periodo con presunzioni o congetture, le quali non sostenute dalla espressa autorità delle leggi, sarebbero anche in collisione colla volontà del sostituente, che intese riportarsi agli statuti del tempo in cui testava* (48).

Atteso che ove, deviandosi dal precetto letterale delle leggi, volesse prendersi per termine della pupillare quello della incapacità di testare se-

(44) Al §. 8 delle instituzioni, trascritto nella decisione, possono aggiugnersi la L. 1 ff. qui testam. fac. poss., le LL. 7 e 14 ff. de vulg., la L. 3 cod. quando tutor vel curat. esse desinant, il §. 1 instit. de nupt. e la nov. 119 cap. 1. La legge non faceva eccezione a queste massime che pe' soli militari ex privilegio militum, L. centurio 15 ff. de vulg.

(45) Vedete le leggi testè citate.

(46) Vedete l' annotazione 36.

(47) Massima sostenuta dalla ragion legale, e dall' uso costante di giudicare. La legge nuova che in niun modo riconosce la pubertà, prorogando la età minore, non ha inteso, nè voluto che il suo provvedimento influisse su le sostituzioni ordinate sotto l' azione delle leggi antiche, nè che la volontà del legislatore servisse ad allungar la vita di ogni altra disposizione che il testatore volle circoscrivere alla età determinata dagli statuti in vigore quando testava: in questi casi deficit voluntas. Non vi ha dottore di antica e nuova scuola, che insegni il contrario. Scipione Gentile, il Goveano e qualche altro, parlano di sostituzioni ordinate sotto l' imperio del novello statuto, non dell' antico. Oltracciò, sarebbe peccato enorme il dolersi in Suprema Corte di Giustizia della violazione dell' autorità de' dottori. Ved. il Real dispaccio de' 23 settembre 1774, e gli articoli 113 e 114 della legge organica de' 29 maggio 1817.

(48) V. la precedente annotazione, e le LL. 12 ff. qui et a quib. manumiss., 1 e 9 cod. de legibus.

condo i novelli statuti, nè anche la causa del sostituito otterrebbe favore, poichè ogni suo dritto si troverebbe estinto un anno e dieci giorni prima che Salvatore Folgori morisse. Il codice civile a 16 anni compiuti attribuisce al minore la facoltà di testare. Nè fa ostacolo ch' egli possa disporre soltanto della metà, di cui può disporre il maggiore, poichè il testamento del minore dev' esser sostenuto dagli stessi solenni richiesti per simile atto delle persone in età maggiore; nè pel termine della pupillare altro si esige, che la capacità del pupillo di far valido testamento. Laonde, tolto di mezzo il pericolo, che per difetto di capacità potesse il pupillo morire senza un erede testamentario, la sostituzion pupillare svanisce. La facoltà di testare, e la fermezza della sostituzione pupillare, non possono coesistere (49).

(49) Questo ragionamento, che contiene principj pregevolissimi, estratti dal sistema della legislazione intorno alla pupillare, dimostra la eccessiva pazienza della G. C. in confutare tutti ad uno ad uno gli argomenti allegati dal sostituito per sostegno della sua intrapresa.

QUINTA QUISTIONE.

La disposizione, il di cui effetto si pretende da D. Nicola Folgori, può esser mai regolata dagli articoli 1048, e 1049 del Codice abolito?

Atteso che gli articoli 1048 e 1049 del codice abrogato non sono la sede della causa, e perchè il marchese D. Ferdinando non diede la eredità al figlio col gravame di trasmetterla a' suoi discendenti in primo grado; e perchè morendo con figli, non intese, nè poteva deferirla al fratello col peso di restituirla a' suoi figliuoli (50).

Atteso che questi articoli tanto meno influir possono nella specie, perchè il testatore non si trattenne ne' limiti che vi sono espressi, ma per contrario dispose un fedecommessò primogeniale perpetuo, vietato dall' articolo 896 del codice civile (51).

Atteso che indipendentemente dalle ragioni, le quali rendono inadattabili alla causa i due articoli, cui si ricorre, non può il sostituito evitar l' incontro dell'articolo 1050, ch'era allora in vigore. La determinazione di quest' articolo annullava tutta la disposizione, non già il solo gravame alla instituzione aggiunto (52).

Atteso che finalmente l' articolo 943 delle leggi novissime, secondo il quale la nullità della sostituzione fedecommessaria non offende la instituzione, cui è congiunta, contiene uno stabilimento innovativo, da non estendersi alle successioni aperte pri-

(50) Queste verità sono illustrate dal testamento di Ferdinando Folgori, e dal testo degli articoli 1048 e 1049 del codice civile.

(51) La garantia di questa considerazione sta nel testamento, e nell'articolo 896 del codice civile.

(52) L'articolo 1050 è scritto precisamente nel senso come lo ha letto la Gran Corte Civile. In Francia e presso di noi si è sempre interpetrato negli stessi termini — Vedete, tra le moltissime, la decisione della Corte di Cassazione di Francia de' 18 gennaio 1808; e quelle che la nostra Suprema Corte profferì nel dì 8 marzo 1816 nella causa tra de Angelis ed i fratelli Leto; e nel 26 febbraio 1820 nella causa tra Manti e Manti.

ma che le stesse ultime leggi nascessero (53). *L' articolo 943 non è dichiarativo dell'articolo 896 del codice abolito, pel grave riflesso che la legge abrogata non può intendersi spiegata o interpetrata dalla legge che sopravviene, e che l' è sostituita* (54).

SESTA QUISTIONE.

***L'** articolo 945 delle leggi civili contiene una sostituzione pupillare, o una sostituzione fedecommessaria? Nella prima ipotesi, potrebbe allungar la vita della sostituzione ordinata nel 1801?*

*A**tteso** che ad estender la vita della pupillare ordinata nel 1801 dal marchese D. Ferdinando, indarno si ricorre all' articolo 945 delle leggi novissime. Da un lato è improprio di applicare agli atti di un uomo, che è morto nel 1810, la legislazione promulgata nel 1819* (55). *Altronde gli stessi motivi, che nella formazione del codice civile servirono ad escludere la pupillare, reggono, e con maggior forza, per intenderla*

(53) Art. 2 legg. civ. Leggi de' 26 marzo, e 21 di maggio 1819.

(54) LL. 28 e 32 ff. de legib. L. 102 ff. de verb. signific. Leggi de' 26 marzo e 21 di maggio 1819.

(55) In contrario si violerebbe la massima in tutt' i tempi custodita che le successioni son regolate dalle leggi in vigore quando si deferiscono. Ved. il Real decreto de' 4 marzo 1817, e i Reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822.

anche riprovata dalle leggi in vigore (56).

Atteso che l'articolo 945 manifestamente contiene una fedecommessaria, non già una pupillare, sia che si riguardi il luogo, che occupa, sia che si analizzino i caratteri della disposizione permessa. Non è pupillare la sostituzione, che si ordina dal zio, o dal fratello del minore di anni 18, non avendo essi patria potestà su di lui (57). *Non è pupillare la sostituzione, che si fa al minore medesimo, oltre la età in cui divien capace di disporre per testamento di una parte de' proprj beni* (58). *Finalmente non è pupillare quella, ch' esclude il sostituito dal diritto di prendere i beni del pupillo, e di essere immediato di lui successore* (59). *Tale sostituzione è manifestamente fedecommessaria, perchè i beni del sostituente passano al minore, e quindi con ordine successivo, e con tratto di tempo al sostituito, ove si avveri la condizione della morte dell'erede pria degli anni 18, e senza figli* (60).

Atteso che quando anche non volesse darsi alla sostituzione contenuta nell' articolo 945 il carattere di fedecommessaria, le circostanze che la distinguono dalla pupillare de' romani, sono non di accidenti, ma di

(56) La ragione si è che gli articoli del codice civile, i quali furono dimostrati insociabili col sistema della pupillare, sono stati senz' alcuna modificazione ritenuti nelle nostre leggi civili. Ved. le note 25 a 43 sop.

(57) L. 2 pr., LL. 33, e 41 §. 2 ff. de vulg. Pr. instit. de pupill.

(58) L. 5 ff. qui testam. fac. poss. LL. 7 e 14 ff. de vulg. §. 8 instit. de pupill.

(59) L. 10 §. 5 ff. de vulg. L. 8 §. 5 ff. de inoffic. testam.

(60) È questa una giusta conseguenza delle premesse. Ved. anche la L. 87 §. 2 ff. de legat. 3, la L. 76 ff. ad SC. Trebell., le LL. 2, e 3 §. 2 cod. commun. de legat., e l' art. 941 legg. civ.

essenza (61). *Quindi le legislazioni, da cui vengono regolate, non potendo in alcun modo congiungersi, i disegni del sostituito Folgori, per applicare alla pupillare del 1801 la legislazione promulgata dieci anni dopo la morte del sostituente, non possono secondarsi* (62).

Le cose ragionate fin qui portano a conchiudere, che invano e senza alcun fondamento D. Nicola dichiarò nella cancelleria del Tribunal Civile di Napoli di voler adire la eredità pupillare del nipote marchese D. Salvatore per virtù di quella sostituzione, che o non riguardò mai il suo favore, o si rinvenne proscritta dalle leggi imperanti al tempo della morte del sostituente, o in fine si estinse per essere il minore morto non solo al di là de' 14, ma anzi al di là de' 16 anni. Il fondamento quindi dell'azione, sul quale si è basata la contestazione sì innanzi a' primi Giudici, che in appello, è insussistente, e sfornito di ogni ragione sotto qualunque rapporto si cerchi esaminare.

(61) La dimostrazione fu data dalla Gran Corte nello sviluppamento della terza quistione. Vedete le annotazioni 22 e 43.

(62) Altra conseguenza da' principj premessi.

SETTIMA QUISTIONE.

La pretesa inversione della pupillare, risoluta in ipotesi in fedecommesso de residuo, *può mai giovare al sostituito Folgori?*

Atteso che l'ultimo impegno del sostituito, per la inversione della pupillare del 1801 in fedecommesso di reliquato, non è ammissibile. Le leggi nuove vietando tal sostituzione come pupillare, non possono permettere che si obbliqui in fedecommessaria, poichè i fedecommessi sono con più rigore vietati (63). *Per dritto romano la obbliquazione era per benigna interpetrazione indotta soltanto nel caso, che la nullità della pupillare derivasse dal testatore* (64). *Ma ove la nullità dipende dalla legge, che rende incapace qualsisia persona di testar per un' altra, non si può ammettere come obbliqua una disposizione che è riprovata come diretta* (65).

Atteso che se anche la pretesa inversione potesse tollerarsi, non gioverebbe in alcun modo al sostituito. È di principio, che a motivo della obbliquazione i successori legittimi del pupillo raccor dovrebbero la eredità per restituirla al sostituito in vim fi-

(63) Art. 896 cod. civ. Art. 941 e 942 legg. civ.

(64) V. la L. 76 ff. ad SC. Trebell.

(65) L. 4 ff. qui testam. fac. poss. L. 13 §. 1 ff. de jure codicill. L. ult. cod. de codicill.

deicommissi (66). *Questa restituzione avrebbe luogo non già pel residuo*, *ma per l'intero* (67); *e quindi se pure i fedecommessi* de eo quod superérit *potessero ammettersi per congetture* (68), *quello in ispecie troverebbe l'ostacolo degli articoli* 941, 942, *e* 943 *delle leggi novissime*, *le quali annullano tutte le sostituzioni*, *non esclusa quella del primo grado* (69).

Atteso che in fine la vita della sostituzione obbliquata non va oltre

(66) Così nel testo cardinale della voluta obbliquazione, cioè nella L. Scevola respondit, 76 ff. ad SC. Trebell.

(67) È questo un altro principio fermissimo: nel caso della suddetta legge la madre del pupillo in vim fideicommissi era incaricata di restituire al sostituito, non parte della eredità pupillare, ma il tutto.

(68) Ciò che non si può, perchè un fedecommesso di reliquato, disposto dalla sola legge, è un'eresia in diritto. Ved. le LL. 70 §. 3 ff. de legat. 2, 54 et 80 ff. ad SC. Trebell., 58 §. 8 ff. eod., L. 3 §. 2 ff. de usur. In queste ed altre moltissime leggi, che per brevità tralasciamo, non si dà fedecommesso di reliquato senza la espressa volontà del testatore.

(69) Ecco le parole testuali di questi tre articoli. Basta udirle per convenire della esattezza dell'applicazione fattane dalla Gran Corte.

» Art. 941. Qualunque disposizione
» colla quale il donatario, l'erede istituito
» o il legatario, è gravato *con qualsivoglia*
» *espressione* di conservare e restituire ad
» una terza persona, sarà detta *sostituzione*
» *fedecommessaria*.

» Art. 942. Tali sostituzioni sono vie-
» tate, eccetto ne' casi espressamente per-
» messi dalla legge, e salve le disposizioni
» riguardanti la instituzione de' maioraschi
» contenute nella seguente sezione.

» Art. 943. La nullità della sostitu-
» zione fedecommessaria non recherà alcun
» pregiudizio alla validità della donazione,
» della instituzione, o del legato cui sta aggiun-
» ta; RESTANDO CADUCATE TUTTE LE SOSTI-
« TUZIONI ANCHE DEL PRIMO GRADO.

quella della pupillare (70). *Ed in conseguenza il fedecommesso* de residuo, *cui D. Nicola Folgori è ricorso, non gli giova, sotto l' altro rapporto, che la pupillare trovandosi estinta pria che il di lui nipote morisse, non ha potuto in fedecommessaria obbliquarsi* (71).

(70) Lo dichiara anche il giureconsulto Scevola nella ridetta L. 76 ff. ad SC. Trebell. La obbliquazione non fu ammessa che per essere il pupillo morto pria di giugnere alla pubertà. Oltre questo periodo non vi ha sostituzione pupillare nè diretta, nè obbliquata. Ved. le leggi citate nell' annotazione 44.

(71) Conseguenza necessaria da' principj esposti.

OTTAVA QUISTIONE.

Osta alla duchessa di Caccuri zia paterna del defunto, la rinunzia convenuta ne' capitoli matrimoniali formati in occasione delle sue prime nozze?

Atteso che la duchessa di Caccuri D. Rachele Folgori, per succedere al nipote, non soffre ostacolo dalla promessa di rinunzia contenuta ne' capitoli delle sue prime nozze. Questa pretesa rinunzia fu annullata con giudicato della Gran Corte Civile de' 27 novembre 1819. Di qui è che D. Nicola Folgori, in contraddizione del quale fu la rinunziante anche ammessa a partecipare del disciolto monte di sua famiglia, inde-

bitamente ha opposto un patto abdicativo di già annientato (72).

NONA QUISTIONE.

L' uso di Capuana e Nido pattuito nel contratto di nozze del marchese D. Ferdinando Folgori e D. Marianna Pignatelli, può esser di ostacolo a' zii materni del defunto Salvatore Folgori per succedergli?

Atteso che le successioni son sempre regolate dalla legge in vigore al tempo in cui si aprono. Questa massima in tutt' i tempi inviolabilmente custodita, fu anche da Sua Maestà proclamata nel Real decreto de' 4 marzo 1817, e ne' Reali rescritti de' 30 gennajo, e 9 marzo 1822. Le leggi successorie colpiscono, e regolano le successioni aperte in seguito della loro promulgazione, poichè la capacità a succedere è unicamente attribuita dalla legge, e solo al momento in cui la successione si verifica, devesi conoscere se coloro, che vengono a parteciparvi, abbiano o no la qualità richiesta per raccoglierla (73).

(72) Art. 1305 legg. civ.

(73) Oltre il decreto de' 4 marzo 1817, ed i Reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822, giova aggiugnere che le massime seguite dalla Gran Corte Civile, han pure l' appoggio della giurisprudenza fissata dalla Suprema Corte di Giustizia. Ved. la decisione de' 9 novembre 1811 nella causa tra i fratelli Vietri; quella de' 26 novembre 1811 nella causa tra il principe e la contessa Doria; e quella de' 16 aprile 1812 nella causa tra i signori Riso. Queste decisioni, ripiene di massime uniformi a quelle adottate dalla Gran Corte Civile, furono tutte e tre di rigetto.

Atteso che Salvatore Folgori è morto intestato sotto l' impero delle attuali leggi civili: che però dovendo questo solo tempo riguardarsi per la qualità de' suoi legittimi eredi (74), *l' articolo 673 invita a succedergli i zii e zie in qualunque linea si trovino, cioè quelli de' due lati paterno, e materno* (75).

Atteso che i zii materni non possono escludersi sull' appoggio del patto di Capuana e Nido, contenuto ne' capitoli per le nozze de' genitori del defunto. Questo patto poteva rimuovere i congiunti de' contraenti solo allora che reggevano le consuetudini, e l' uso di Capuana e Nido, nel quale la successione consuetudinaria per linee, e con distinzione di beni determinavasi (76). *Ma dopo il decreto de' 22 ottobre 1808, e le leggi de' 26 marzo e 21 maggio 1819, che abolirono le consuetudini generali, e gli usi locali, l' appoggio, e la causa efficiente, e finale del patto son cessati* (77): *quindi invano se ne pretende l' osservanza, specialmente contro coloro, che patteggiatori non furono* (78), *nè doveano esserlo* (79). *I dritti a succedere, che accordano le leggi innovative non posson dirsi offesi da antichi patti rinunziativi, i quali son sempre di stretta interpetrazione, nè*

(74) Art. 646, 818 ed 822 legg. civ.

(75) Giova trascrivere le parole dell' articolo 673: » In mancanza di figli e di discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle, e de' loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo, IN QUALUNQUE LINEA SI TROVINO ».

(76) Consuetud. Si quis vel si qua tit. de success. ab intest. L' uso di Capuana e Nido, che si propone lo stesso scopo della successione consuetudinaria per linee e con distinzione di beni, è racchiuso nella decisione 237 di Afflitto, e più esattamente nel corpo delle consuetudini. La parte relativa alla causa è trascritta nelle successive considerazioni della nostra decisione.

(77) L. 129 §. 1 ff. de regul. jur.

(78) L. 26 §. 4 ff. de pact. Alteri per alterum iniqua conditio inferri non potest. Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est, L. 1. eod. inter alios acta. Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus caeterorum, L. 3 pr. ff. de transact.

(79) La ragione è che il matrimonio non si contraeva da' congiunti degli sposi, ma da Ferdinando Folgori e Marianna Pignatelli. In conseguenza la reciproca rinunzia alla successione del figlio, per non interrompere la successione consuetudinaria lineale, solo dagli sposi poteva farsi, ed in realtà essi soli la patteggiarono. Leggasi la formola dell' uso di Capuana e Nido, e la massima stabilita nella decisione si riconoscerà esattissima.

è permesso estenderli ad non cogitata, *ed a casi diversi da quelli che nella mente de' contraenti all' epoca del contratto si concepirono* : *e molto meno si può a que' patti ricorrere*, *allorchè una legge nuova tutto affatto cangia lo stato delle cose*; *ed interamente contraria i calcoli ed i disegni de' patteggiatori* (80).

Atteso che il patto di Capuana, *e Nido*, *mentre produceva la esclusione del rinunziante dalla successione ai beni derivati al figlio dalla opposta linea*, *era nel tempo stesso patto d' inclusione*, *avvegnachè in vigore della rinunzia di uno degli sposi*, *stabilivasi pei beni della linea del rinunziatario un regolamento di successione tra i prossimiori della stessa linea. Quindi si venivano a stringere due patti successorj a forma della consuetudine* si quis vel si qua, *che era il fondamento della successione secondo la regola* paterna paternis, materna maternis (81). *E fu comune insegnamento di tutt' i consuetudinisti*, *che l' uso di Capuana*, *e Nido s' inventò per supplire*, *e per ampliare quella consuetudine*: *per supplirla*, *togliendo di mezzo i genitori che*, *sopravvivendo al figlio interrompevano il corso della successione per linee con distinzione di beni*; *per ampliarla*, *trasportandone*

(80) Questo ragionamento, sostenuto anche da' principj ammessi nella decisione renduta dalla Suprema Corte di Giustizia il dì 1 giugno 1822 nella causa tra Martini e Caldora, racchiude in breve le massime più pregevoli del sistema di giudicare tanto ne' nostri, che negli esteri tribunali. Noi ci facciamo una legge di non rinforzarlo con ricco corredo di autorità de' dottori più in credito, perchè questa merce non ha spaccio in Corte Suprema, ove deve parlarsi solo di leggi espresse e testuali. Osserviamo però che la decisione della G. C., mentre ha giudicato dell' indole e della natura de' patti rinunziativi in generale, non sarebbe soggetta ad annullamento se per isventura, lungi di adottare il sentimento de' Maranta, o de' de Marinis, avesse seguito piuttosto quello di scrittori oscuri, o di minor credito (art. 113 e 114 della legge organica de' 29 maggio 1817).

(81) Questa interpetrazione del patto, su la quale nè anche si abbassa la censura della Suprema Corte di Giustizia, è tanto più pregevole, perchè conviene alla lettera ed allo spirito dell' uso di Capuana e Nido ridotto in patto.

la efficacia anche su i beni fuori distretto, ne' quali succedevasi co' principj del dritto comune (82). *Dal che nasce che i contraenti, adottando l'uso di Capuana e Nido, adottavano anche la consuetudine, cui l' uso era famulativo: e quindi abolita la consuetudine, e l' uso come uso, è caduto anche il patto, il quale non più sostenuto dall' uso, ha perduto ogni vigore* (83), *specialmente per rapporto a' congiunti de' contraenti, chiamati ora a succedere per proprio dritto, non come eredi, nè come rappresentanti alcuno de' patteggiatori* (84).

Atteso che il patto di Capuana e Nido, animato dal voto de' paciscenti di conservare i beni nella propria linea, conteneva inoltre una sostituzione compendiosa, creduta sopratutto indispensabile per sottomettere alla successione lineale i beni fuori di distretto. Questa sostituzione, oltre l' autorità de' consuetudinisti più in credito, è chiara per la formola dell' uso, che i contraenti convertivano in patto: Et ubi contigerit virum praemori, superstite uxore, ac superstitibus liberis ex dicto matrimonio uno, vel pluribus, postmodum filii ipsi morerentur, seu alter ipsorum moreretur in pupillari aetate vel post quandocumque ab intestato sine legiti-

(82) Non può mettersi in dubbio che la causa o la origine dell' uso di Capuana e Nido è precisamente quella istoriata dalla G. C., come i più chiari consuetudinisti hanno insegnato. Ma se pure alcuni fra loro avessero detto l' opposto, non perciò la decisione sarebbe censurabile in Corte Suprema. Vedete l' annotazione 80.

(83) L. 129 §. 1 ff. de regul. jur.

(84) Questa pregevolissima verità è sostenuta non solo dalle leggi citate nella nota 78, ma dalle altre che seguono. La L. 73 ff. de eviction. contiene questo responso del giureconsulto Paolo: Seja fundos, Maevianum et Sejanum, et caeteros doti dedit: eos fundos vir Titius, viva Seja sine controversia possedit: post mortem deinde Sejae, Sempronia heres Sejae quaestionem pro praedii proprietate facere instituit: Quaero cum Sempronia ipsa sit heres Sejae, an jure controversiam facere possit? Paulus respondit, jure quidem proprio, non hereditario, Semproniam, quae Sejae, de qua quaeritur, heres extitit, controversiam fundorum facere posse, sed evictis praediis, eamdem Semproniam heredem Sejae convenire posse, vel exceptione doli mali summoveri posse. Negli stessi sensi è la L. cum a matre, 14 cod. de rei vindicat.

Or i congiunti materni di Salvatore Folgori, non sono eredi di Marianna Pignatelli, perchè di lei fu erede il figlio. Presentemente trattasi della successione di costui; ed in conseguenza i di lui legittimi eredi, essendo designati dall' art. 673 delle leggi civili, su la sola prova del grado di parentela, vanno a succedergli per proprio diritto, non come

mis liberis, et naturalibus *ec. Le parole* in pupillari aetate vel post quandocumque *evidentemente caratterizzano la sostituzione, che gl' interpetri ed i dottori, sul fondamento delle leggi 15* ff. de vulgari, *ed 8* cod. de impuber., et aliis substitut., *chiamano compendiosa, perchè sotto il compendio de' tempi più sostituzioni si comprendono. Quindi la compendiosa contiene di necessità la pupillare, e la fedecommessaria; la prima per dritto comune limitata sempre al tempo della pubertà; l' altra che ha il suo cominciamento dopo siffatto periodo della vita* (85).

Atteso che aboliti i vincoli fedecommessarj di ogni natura in mano agli stessi sostituenti conjugi Folgori e Pignatelli, i loro beni restaron liberi dalla disposta contemplazione a favore delle rispettive linee, e liberi anche pervennero al loro figliuolo della cui successione si disputa (86). *Quindi anche sotto quest' altro aspetto indarno si cerca di escludere i zii materni.*

Atteso che non può reggere la teorìa di un semplice ritorno, che dicesi stabilito nel patto di Capuana e Nido a favore de' prossimiori di ciascuna linea, per modo che i beni al ritorno medesimo sottoposti, non trovinsi nella successione del fi-

eredi di alcuno de' suoi genitori. Laonde regge a martello la controscritta considerazione della Gran Corte.

(85) La dichiarazione che fa la decisione di esservi una sostituzione compendiosa nell' uso di Capuana e Nido, come di mero fatto, non offende alcuna legge, ed in conseguenza sfugge all' annullamento, art. 113 e 114 della legge de' 29 maggio 1817 sull' ordine giudiziario. Oltracciò tal dichiarazione si fonda sull' uso costante di giudicare, e sul ricevuto senso delle parole *si filius in pupillari aetate decesserit, vel post quandocumque ab intestato*, le quali in ogni tempo furono uniformemente avute per indicative di sostituzione compendiosa.

(86) Legge de' 15 marzo 1807. Art. 896 cod. civ. Art. 941, 942 e 943 legg. civ.

glio , allorchè la figurata condizione si avveri. Nell' uso di Capuana e Nido , o sia nella prima parte di esso , si parla di riversione per le sole doti (87); *ma pei beni paterni e per gli altri beni materni , oltre le doti , pervenuti al figlio , che sen muoja intestato e senza prole , l' uso cui è relativo il patto , parla di successione , e non di ritorno , ne' seguenti termini*: Nullum jus ejusdem uxori , et suis heredibus , et successoribus , seu matri suae ex materna linea ratione successionis debeatur, nec sit eis vel alteri ipsorum quomodolibet acquisitum super bonis paternis ipsorum filiorum , nec ei succedunt , nec succedere debeant , nec ipsa uxor succedere debeat quoquomodo , nec de bonis ipsis paternis suorum filiorum detrahere possit Trebellianicam ec. , quibus omnibus juribus , ac successionibus ipsis , et legitime debitis dicta uxor et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem ec. et juraverunt ec. (88).

Atteso che secondo questa rimarchevolissima parte dell' uso ridotto in patto , è chiaro che i beni paterni pervenuti al figlio compongono la successione di costui : dappoichè se tali beni , per una supposta condizione di ritorno convenzionale , avessero potuto sottrarsi dall' universum jus *del figliuolo defunto* ,

(87) È questa una verità che non soffre disputa. Leggasi l' uso di Capuana e Nido , e si vedrà che solo per le doti parlasi di *ritorno* , ossia restituzione ; ma per tutt' i beni paterni , e per gli altri beni materni estradotali o di proprio acquisto , l'uso non parla che di successione , come la Gran Corte dichiara.

(88) In questa parte dell'uso, che era la sede della causa , non vi sta nè anche una parola, la quale inducesse ritorno , o riversione ; ma tutto giustifica la definizione della G. C. , che vi si comprenda un patto di successione per la linea di colui fra' due sposi che stipula la rinunzia dell' altro.

senza oggetto, ed oziosa sarebbe stata la rinunzia della madre (89). *Questa rinunzia fu stipulata precisamente perchè, dopo la morte del padre, i beni paterni divenendo patrimonio del figlio, la madre senza tal patto rinunziativo non avrebbe potuto andar rimossa dal dritto di succedergli* ab intestato (90).

Atteso che trattandosi nell' enunciato patto non già di ritorno, ma di successione, e di un modo particolare di succedere (91), *ben lungi che dal patto istesso risultino i dritti quesiti pe' prossimiori di ciascuna linea, costoro non avevano che aspettative, speranze, o dritti eventuali, soggetti ad essere annientati dalle leggi innovative, che pria della morte del figlio ne' figurati casi sopraggiunsero* (92). *In conseguenza non è lecito di sospendere l' impero del novello successorio editto, il quale mentre rigetta e ripruova ogni patto che siagli opposto* (93), *assegna a Salvatore Folgori, non più gli eredi lineali con distinzione di beni, ma eredi in grado eguale nelle due linee col divieto di ricercarsi la origine, e la natura de' beni, che la di lui successione compongono* (94). *Ed all' uopo è notevole, che il diritto a succedere non può giudicarsi nè consumato, nè perfetto finchè rimanga qualche cosa ad eseguirsi, ossia finchè per la morte di un uomo non si*

(89) Ottimo argomento fondato su la L. 12 cod. commun. utriusque judicii. Il ritorno, sia legale, sia convenzionale, suppone l' uscita, cioè non può a termini della suddetta legge ritornare quel che non si dà. Nella specie tanto è strana la idea di un ritorno in favore degli attuali signori Folgori, che essi nè intervennero nel contratto di nozze di Ferdinando Folgori, e Marianna Pignatelli, nè alcuna cosa diedero sotto la condizione del ritorno che con piena fiducia opposero.

(90) Ragionamento esattissimo. Vedete l' articolo 668 legg. civ.

(91) Cioè di succedere a forma della consuetudine Si quis vel si qua, per linee e con distinzione di beni.

(92) Queste massime risultano dalla combinazione delle leggi 98, e 140 §. 2 ff. de verb. obligat., ed 85 §. 1 ff. de regul. jur., additata da Gotofredo nelle annotazioni a quest' ultima legge, e seguita da tutti gli eruditi. Vedete anche le LL. 15 e 16 ff. ad L. aquil., ove si ha un esempio pregevolissimo, proprio a dar risalto alle massime adottate dalla Gran Corte.

(93) Art. 1343 e 1344 legg. civ.

(94) Art. 654, 655 e 673 legg. civ.

apra la successione a beneficio di coloro, che posson per legge aspirarvi; nel qual caso la legge esercita la sua azione sull' accaduto sotto il suo impero, non già retroagisce sul passato (95). *Oltre a ciò la contraria massima tenderebbe con grave sconcio politico a conservare per secoli una successione pattizia, come se abrogati non fossero gli statuti, e gli usi che la sostenevano: e di più lo stesso patto di Capuana e Nido si troverebbe annullato in parte, ed in parte conservato: annullato pe' beni nel distretto, ove il patto era assolutamente famulativo dell' abolita consuetudine* Si quis vel si qua; *conservato pe' beni fuori distretto riguardo a' quali si è preteso, che il patto non servisse allo scopo della consuetudine. E così la successione di un uomo, la quale* est verbum intellectuale, *e comprende tutto, andrebbe da diverse legislazioni regolata, cioè si deferirebbe a' successori designati dalle nuove leggi pei beni infra il distretto, ed a' prossimiori delle linee con distinzione de' beni per quelli al di là del distretto, non ostante che i vincoli fedecommessarj di ogni natura sian distrutti. Ciò convellerebbe tutt' i principj del dritto* (96).

Atteso che molto più erronea è l' altra dottrina di leggersi nel patto

(95) Art. 638, 646, 654, 655, 818 ed 822 legg. civ. I principj adottati dalla Gran Corte, oltre di esser sostenuti dalla combinazione de' citati articoli delle nostre leggi, han pure l' appoggio delle decisioni della Suprema Corte di Giustizia, e soprattutto di quelle, de' 16 aprile 1812 profferita nella causa tra' signori Riso, dalla quale sembran trascritti; e del 1 giugno 1822, renduta nella causa tra Martini e Caldora.

(96) Questo ragionamento è fortemente sostenuto dalle massime nello stesso senso ammesse dalla Suprema Corte di Giustizia nella decisione de' 14 dicembre 1811 nella causa Capano e Pannone. Oltracciò il decreto de' 22 ottobre 1808; le leggi de' 26 di marzo e 21 di maggio 1819, abrogative di tutte le parti dell' antica legislazione; e gli articoli citati nella precedente annotazione, innalzano il ragionare della G. C. al più eccelso grado di esattezza e di merito.

di Capuana e Nido una vera instituzione contrattuale a favor de' prossimiori di ciascuna linea; instituzione che si vorrebbe non opposta alle nuove leggi. La instituzione contrattuale consiste nella nomina di un erede non in testamento, ma in contratto, colla sola differenza che, mentre quella per atto di ultima volontà è rivocabile ad arbitrio, la instituzione che si fa in un contratto per nozze, impedisce all' istituente di poter disporre della sua successione in favor di altri, ed in danno dell' instituito (97). *Ma nell' uno e nell'altro caso l' erede nominato debb' esser certo, onde potess' egli allegare un dritto quesito sulla successione dell'istituente; e dippiù è necessario che l' instituito sia uno de' paciscenti, o discendenti da esso* (98). *Nella specie la successione de' patteggiatori dovea nella mente de' contraenti passare al figlio, nè vi ha instituzione a favore di alcuno de' prossimiori di ciascuna linea, e molto meno di quelli, che or sono in giudizio a pretendere la esecuzione del patto* (99). *L' invito de' prossimiori è quivi stabilito, non già in conseguenza d' istituzione contrattuale, ma per vigore del particolar modo di succedere per linee, e con distinzione di beni, che ciascuno de' pattegiatori determinava* ad formam *della consuetudine, e del-*

(97) Art. 1038 e 1039 legg. civ.

(98) Cit. art. 1038 e 1039 legg. civ.

(99) È una verità di fatto la quale si offre maestosa alla prima lettura del contratto in quistione.

l' uso che l' era famulativo, fatto il caso che il figlio, cui i beni de' suoi genitori pervenir dovevano, in età pupillare, o ab intestato, *senza discendenti morisse* (100). *Nel che è vano di raccogliere pe' prossimiori sotto questa doppia condizione chiamati un dritto acquistato, poichè altro non stava per essi, che una lusinga, o un' aspettativa subordinata agli eventi, che le cose durassero nello stesso stato; ch' essi fossero prossimiori al tempo della morte del figlio de' patteggiatori; che costui morisse in età pupillare; o che, morendo dopo, nè disponesse, nè avesse prole* (101).

Atteso che finalmente a torto, sull' appoggio del Real decreto de' 4 marzo 1817, si è sostenuto che, per essere valide le antiche rinunzie, tuttora efficaci esser debbano quelle contenute nel patto di Capuana e Nido. Le rinunzie contemplate nel suddetto Real decreto sono solo quelle, che sotto l'azione delle antiche leggi far soleansi dalla dotata a pro del dotante; ed i requisiti avessero di una vera transazione (102). *Tali rinunzie nulla hanno di comune col patto di Capuana e Nido, nel quale i prossimiori non intervenivano, nè alcuna cosa davano per validamente stipulare la rinunzia de' dritti successorj di ciascuno de' rinunzianti* (103).

(100) È questa la conseguenza della reciproca esclusione de' genitori dal succedere al figlio ne' beni derivatigli dalla linea opposta a quella del rinunziante. La formola dell' uso di Capuana e Nido, trascritta più innanzi nella decisione, dimostra esattissima la spiegazione datane dalla Gran Corte.

(101) Non si potea fare una dimostrazione più netta, nè più precisa del torto che hanno i prossimiori dal lato paterno nel parlar di dritti, non eventuali, ma acquisiti. Non si dice mai acquistato un diritto che per essere invariabile ha bisogno della verificazione di tanti interessantissimi avvenimenti. In questi casi trattasi sempre di speranze, le quali, per potersi convertire in diritti, avean d' uopo dell' avveramento di tutte le condizioni additate dalla Gran Corte, senza di che la idea del *diritto acquisito* non saprebbe concepirsi. Cambiata la legislazione, le speranze de' prossimiori svanirono, perchè res incidit in casum a quo incipere non potuit. Ved. le LL. citate sotto l' annotazione 92.

(102) Tanto il preambolo che il dispositivo del Real decreto de' 4 marzo 1817 provano la verità della massima adottata dalla G. C. Le rinunzie ivi contemplate suppongono la esistenza di un donatario, e di un dritto determinato che avesse voluto conferirglisi. Non fu mente di S. M. di dar forza a' patti successorj, i quali, riprovati dalle leggi comuni, non sono stati mai ammessi nel nostro Regno.

(103) Altra verità sostenuta dal testo dell' uso di Capuana e Nido, e dall' istromento de' capitoli matrimoniali che dà alimento alla disputa. I signori Folgori non v' intervennero nè anche per convenienza

DECIMA QUISTIONE.

I Reali rescritti de' 30 gennajo e 9 marzo 1821, ostano a' zii materni per trarre vantaggio dalle rinunzie fatte da' religiosi prima di emettere i voti ne' monisteri capaci di acquisto in comune?

Atteso che i due Reali rescritti de' 30 gennajo e 9 marzo 1822, avendo indistintamente dichiarato, che i monaci sono incapaci di succedere, hanno perciò inutilizzati i dritti de' loro rinunziatarj per successioni non ancora verificate al tempo in cui le stesse Reali determinazioni seguirono.

UNDECIMA QUISTIONE.

Si debbono la multa e le spese?

Atteso che i vincoli del sangue fra i contendenti, e la gravezza degli articoli sommessi alla discussione del potere giudiziario, somministrano al Magistrato un giusto motivo per compensare le spese, e per rimettere la multa, sulle tracce dell' articolo 222 delle leggi della procedura civile.

Per tutte queste considerazioni, e per quelle de' primi Giudici, le quali pienamente si adottano.

La Gran Corte Civile ec. (Segue la parte dispositiva).

tanto è lungi che potessero dirsi stipulatori della rinunzia di Marianna Pignatelli nel senso del Real decreto de' 4 marzo 1817.

PARTE SECONDA

Esame de' Ricorsi.

I.

Ricorso del Marchese D. Nicola Folgori

I. MEZZO.

La Gran Corte ha creduto che non vi fosse sostituzione pupillare nel testamento del marchese D. Ferdinando Folgori, mentre il detto testatore ha sostituito a' suoi figli unicamente ed espressamente nel caso che i suddetti morissero in pupillare età (*a*). *Questa è appunto la formola legale e solenne della sostituzione pupillare, e il non averla ravvisata nelle dette parole è una violazione manifesta del* §. . . . Instit. de pupill. substit., *e della L.* . . . D. de vulg. et pupill. (*b*).

ANNOTAZIONI.

(a) Non è questa una ragione per escludere la interpetrazione ammessa dalla G. C. — Nella decisione si assume che la età pupillare è una condizione del fedecommesso. In ciò non si è violato alcuna legge, perchè alcuna non ve n' ha che divieti di far un legato, una instituzion d' erede, o un fedecommesso sotto la condizione *si filius in pupillari aetate decesserit.*

(b) Questo peccato non può andar coverto dalle indulgenze. La decisione è censurata a torto. In essa sta detto che volontà manifesta del sostituente non fu di fare una sostituzione pupillare, ma di regolare il progressivo passaggio de' soli beni

II. MEZZO.

La Gran Corte ha creduto di vedere nel testamento del Marchese D. Ferdinando una disposizione simile a quella che si legge nella L. 41. §. 3 D. de vulg. et pupill. *Nel che ha erroneamente*

ANNOTAZIONI.

di lui. Da ciò nasce 1. che la interpetrazione stabilita dalla Gran Corte sull'indole e la natura della disposizione non può essere maledetta, molto più che il testatore, non in forma dubitativa, ma espressamente e frequentemente vincolò i soli suoi beni; 2. che la violazione delle leggi ricordate dal ricorrente, è del tutto fallace. Violazione vi sarebbe se la decisione avesse detto » le parole *filius heres esto*; » *et si filius in pupillari aetate decesserit*, *Titius heres esto*, non contengono sostituzione pupillare ». Ma la decisione ha dichiarato l'opposto, perciocchè senza entrare nell' esame e nel senso di questa formola, ha definito che quando il testatore, preveduto il caso che il figlio muoia in età pupillare, sostituisce, e dichiara di voler sostituire ne' soli suoi beni, si ha una sostituzione fedecommessaria fatta al pupillo, non già una sostituzione pupillare. *In conditionibus*, dice Ulpiano, *primum locum voluntas defuncti obtinet*, *eaque regit conditiones* (1); e la volontà del defunto, lungi di essere tormentata, fu seguita fino allo scrupolo nella decisione impugnata, per quanto riguarda il carattere della disposizione in contesa.

Di fatti, il sostituito pupillare è l'erede del pupillo, ed il successore di lui *in universum jus*. Ma il testatore, lungi di nominare l'erede ed il successore ne' beni del pupillo, non ebbe volontà che di eleggere un fedecommessario ne' soli suoi beni. Laonde la sostituzione di che trattiamo, è evidentemente fedecommessaria, sotto la condizione *se l'erede morisse in età pupillare*; anzi D. Nicola Folgori è un secondo sostituito alla marchesa madre del pupillo. Altronde, siccome il testatore sostituì sotto la suddetta condizione, era anche in pieno

(1) *L.* 19 *ff. de condit. Ved. anche la L.* 101 §. 2 *eod.*

applicata la detta legge, poichè in quella la formola è di fedecommesso, non di sostituzion pupillare (c).

ANNOTAZIONI.

arbitrio di sostituire ne' suoi beni, ove il pupillo erede morisse prima o dopo della impubertà.

(c) La Gran Corte non ha nè anco sognato di dire che il caso contemplato da Papiniano nella L. 41 §. 3 *ff. de vulgari* sia precisamente quello che immaginò e scrisse il marchese Ferdinando Folgori. Per l' opposto la Gran Corte osservò che rari non erano gli esempj nel dritto romano di essersi la età pupillare presa come condizione del fedecommesso; ed in pruova citò l' additata legge. Sotto tal rapporto, come si può aver cuore di asserire che siasi questa erroneamente applicata?

Per colmo di ragioni riportiamo quì l' insegnamento del giureconsulto Paolo, nel quale sta con rara precisione rinchiuso tutto il sistema delle condizioni: *In facto consistentes conditiones varietatem habent, et quasi tripartitam recipiunt divisionem*, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat: *vel retro, ne detur, ne fiat, ne obtingat: ex his dandi faciendique conditiones in personas collocantur, aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum; tertia species in eventu ponitur* (1). Or, un fedecommesso ordinato pel caso che l' erede gravato morisse in età pupillare, non è rimesso all' evento, e perciò sottoposto a condizione (2)?

Ecco però altri esempj della età messa per condizione: *Titla codicillis* (son parole del giureconsulto Marcello) *de praediis, quae testamento Septitiae reliquerat, ita cavit*: A te peto, Septitia, *ut filio meo, cum annorum sedecim esset; eadem praedia restitueres: quod si filius meus sedecim*

---

(1) *L.* 60 *ff. de condit.*

(2) *Dies incertus conditionem in testamento facit, L.* 75 *ff. de condit. Dies incertus appellatur conditio, L.* 30 *§.* 4 *ff. de leg.* 1, *L.* 38 *§.* 16 *ff. de verb. obligat., LL.* 4, 21 e 22 *ff. quando dies legat. Ved. in oltre le annotazioni alla decisione impugnata.*

III. MEZZO.

La G. C. *ha subordinatamente creduto che qualora vi fosse sostituzion pupillare, questa non era mai per D. Nicola Folgori, fratello del testatore, non badando, che quando anche D. Nicola Folgori nel caso della morte della morchesa di Ducenta posteriore a quella del pupillo, fosse stata* per fideicommissum, *era nondimeno* per vulgarem *nel caso, che la marchesa fosse morta, com' è avvenuto, prima del pupillo* (*d*). *Ha quindi violato la L.* 1. D. de

ANNOTAZIONI.

annos non impleverit, peto, uti reddas ea, restituas Publio Maevio et Gajo Cornelio (1).

Altro esempio ne dà Papiniano in questi termini: *Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit*; ut si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: *nepos liberis relictis, intra aetatem suprascriptam vita decessit: Fideicommissi conditionem, conjectura pietatis, respondi defecisse, quod minus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur* (2).

Finalmente, a non farla più lunga, anche il giureconsulto Paolo ne somministra un esempio: *Cum filius rogatus fuisset a patre, si antequam res suas administrare posset, decessisset, hereditatem Titio restituere: et egressus viginti annos decessisset: rescriptum est, fideicommissum deberi* (3).

(d) Il marchese D. Ferdinando non chiamò D. Nicola per vulgare espressa; verità che anche gli orbi rilevano al solo udire le parole del testamento.

(1) *L.* 36 §. 1 *ff. de condit. et demonstrat. Ved. anche le LL.* 48 è 49 *ivi.*

(2) *L.* 102 *ff. de condit.*

(3) *L.* 113 *ff. de condit. La facoltà di poter amministrare i propri beni non si acquistava che alla età maggiore di* 25 *anni. L. ult. cod. de his qui ven. aetat.*

vulg. et pupill., *il principio delle istituzioni* de vulg. subst. *e l' art.*

ANNOTAZIONI.

Dica il ricorrente, in qual parte di questo atto ha mai detto D. Ferdinando Folgori che suo fratello prendesse la eredità se la marchesa, premorendo al figlio non potesse averla? Il testatore disse: *Istituisco erede mia moglie, e dopo la morte di lei, o quando passasse a seconde nozze, succeda D. Nicola mio fratello.* Dunque parlò espressamente del caso, che la prima istituita conseguisse la eredità, non mai dell' altro che premorendo al figlio non potesse ottenerla. Ma alle corte. La volgare espressa non sta nel testamento, ed il ricorrente non ha il potere di far leggere ciò che non vi è scritto. Quindi, per esser generosi, possiamo solo concedere che la volgare è dubbia. Or nel dubbio, quale è la legge violata dalla G. C. per poter gridare all'annullamento?

La quistione, se uno sia sostituito tanto nel caso che il primo sostituito acquisti la eredità, cioè *per fedeicommissum*; quanto nell'altro se non l' acquisti, val dire anche *per vulgarem*, è una mera quistione di volontà che il Giudice può raccogliere da' varj luoghi del testamento, tutte le volte che il testatore non abbia espressamente spiegato il caso della volgare. Allor che egli non l'abbia nè pur preveduto, ed in tutto l' atto (come è precisamente nel caso nostro), parli dell' acquisto già fatto dal primo sostituito secondo il suo volere, ingiungendo a rispetto del secondo una penale se lo molestasse nel godimento, non vi ha contravvenzione alla volontà espressa. Nè può dirsi volontà espressa quella che non è espressa, ma taciuta.

Il censurare poi, in sottilizzando su qualche motivo del giudicato, non conchiude all' annullamento, sì perchè ve ne sono moltissimi a' quali non vi è risposta, sì perchè i soli motivi erronei son dalla legge disapprovati, non già il giudicato. *Non saranno soggette ad annullamento* (1), *le sentenze e le decisioni mal motivate, quando la parte dispositiva non contravvenga espressamente alla legge. In questo caso la Corte Suprema di Giustizia si limiterà a disapprovare i motivi*; poichè, come al proposito notò la Corte di Cas-

(1) *Dice l' art. 124 della legge de' 29 maggio 1817.*

936 *delle attuali leggi civili* (*c*). *Similmente ha violato la L.* 2.

ANNOTAZIONI.

sazione di Francia (1), *se la decisione può dirsi mal motivata*, *non per ciò è meno giusta e regolare nel dispositivo*.

Veramente la G. C. avrebbe colmata la misura, se per la ragione che ammise d' esser D. Nicola Folgori chiamato per fedecommessaria espressa, avesse soggiunto che ogni suo diritto si estinse appena che la pupillar sostituita, gravata del fedecommesso, premorì al pupillo. Teorica era questa, favorita dalla legge che quì riportiamo, onde non sfugga nell' esame del ricorso. *Qui habebat filium et filiam impuberes*, son parole di Scevola, *instituto filio herede*, *filiam exheredavit*: *et si filius intra pubertatem decessisset*, *filiam eidem substituit*: *sed filiae*, *si*, *antequam nuberet*, *decessisset*, *uxorem suam*, *item sororem suam substituit*: *quaero an filia impubes prior decesserit*, *deinde frater ejus impubes*, *an filii hereditas ad uxorem et sororem pertineat? Respondi*, *secundum ea quae proponerentur*, *non pertinere* (2).

(c) Al contrario. In tutte queste leggi si parla di *volgare espressa*, non di *volgare tacita*. La L. 1 *ff. de vulgari* adduce la formola della sostituzione *doppia*, e della sostituzione *semplice*; doppia se cioè vadan congiunte espressamente la pupillare e la volgare; semplice, se siasi fatto cenno della sola volgare. Ecco la formola che in quella legge ne dà Modestino: *Heredis substitutio duplex est*, *aut simplex*: *veluti* Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit (ecco la volgare espressa), tunc Sejus mihi esto: si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit (ecco la vulgare e la pupillare ambedue espresse), tunc Gajus Sejus heres mihi esto. — Il principio delle instituzioni *de pupillari* è precisamente negli stessi termini della formola data da Modestino per la volgare espressa — L' articolo 936 delle leggi civili, lungi di ammettere la volgare tacita, anche definisce e conserva la espressa in questi termini: » Può all' erede instituito, al donatario, o al legatario, *sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno di essi*

(1) *Nella decisione de' 5 febbraio* 1808 *in Sirey vol.* 8 *par.* 1 *pag.* 353. *Ved. anche la decis. degli* 11 *giugno dello stesso anno ivi vol.* 10 *par.* 1 *pag.* 218.

(2) *L.* 47 *ff. de vulgari.*

e la L. 34. §. 1 D. de vulg. et pupill. *dove è dichiarato che si possono fare più sostituzioni pupillari per* vulgarem (*f*).

IV. MEZZO.

La G. C. ha convertito erroneamente in usufrutto causale l'usufrutto della vedova marchesa di Ducenta violando, e male applicando con ciò la L. 15. D. de auro et argento legato, *la L.* 2. D. de usufructu ear. rer. quae usu consumuntur, *la L.* 22. D. de usufructu, *e la L.* 69 de leg. III. (g).

ANNOTAZIONI.

non conseguisse la eredità, la donazione, o il legato. Questa disposizione vien detta *sostituzione volgare.*

Or se, come nella precedente annotazione osservammo, la volgare espressa non leggesi nel testamento di Ferdinando Folgori, perchè si è voluto ascrivere a colpa della G. C. di aver violato leggi che non convengono alla materia? La violazione vi sarebbe, se siffatte leggi che trattano di volgare espressa, si fossero prese per guida nell'esame di un testamento ove la disposizione di questa indole non può nè anche presumersi.

(f) E D. Nicola Folgori fu mai nominato pupillar sostituito *per vulgarem*; o sia, ha mai detto il testatore che D. Nicola fosse il pupillar sostituito se la marchesa nominata in primo grado non lo sarebbe? Se la negativa, anche per le osservazioni testè fatte, è incontrastabile, la pretesa violazione delle leggi invocate, è per controcolpo una bizzarrìa. Il costume del ricorrente è quello di accomodarsi il fatto a modo suo; e con questa licenza è ben facile di scrivere un ricco corredo di censure a danno della decisione. Ma la Suprema Corte di Giustizia che ha sott'occhi il testamento, non potrà dispensarsi di vendicare il più giusto degli arresti da' tormenti che l'amor di lite non gli ha risparmiati.

(g) Il ragionamento della decisione sopra questo proposito è così preciso;

V. MEZZO.

La G. C. non ha badato che quando la disposizione del mar-

ANNOTAZIONI.

e i luoghi del testamento che vi son trascritti, son per tal modo evidenti, che si perderebbe il tempo nella confutazione di questo mezzo. Oltrechè a fianco delle considerazioni della Gran Corte abbiamo indicati i principj ricevuti anche dalla Suprema Corte di Giustizia in sostegno della definizione che l' usufrutto dato alla marchesa fu *causale*, non già *formale*.

Ma non vogliamo abbandonar l' usato sistema di vincere i nostri avversarj colle armi loro. Passiamo in rassegna le leggi che si dicono violate dalla G. C., e la vittoria sarà pur nostra in questo difficile scontro.

I. La L. 15. *ff. de auro, argento* ec. *legatis* è così scritta: *Species auri et argenti Sejae legavit, et ab ea petiit in haec verba*: A te, Seja, peto, ut, quidquid tibi specialiter in auro, argento, legavi, id cum morieris reddas, restituas illi et illi vernis meis: quarum rerum ususfructus, dum vives, tibi sufficiet. *Quaesitum est, an ususfructus auri et argenti solus legatariae debeatur? Respondit, verbis quae proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommissi.* — Or qual differenza passa tra il caso che in questa legge alimentò il responso di Scevola, e quello di che si contende? Ivi il testatore diede a Seja le specie legate col peso di restituirle in morendo; poichè del solo usufrutto dovea ella esser contenta. Nel caso nostro il testatore istituì la moglie erede in usufrutto, e dopo sua morte, o quando passasse a seconde nozze, volle che nella eredità succedesse il fratello, anche per goderne l' usufrutto. Dunque se Scevola disse in proposito del legato fatto a Seja, che costui avea anche la proprietà *cum onere fideicommissi*, nel che sta il secreto dell' usufrutto che i dottori chiamaron causale, non ha potuto la Gran Corte andare in diverso avviso nel caso nostro, ove circostanze anche più forti eranvi per escludere la idea dell' usufrutto formale. Di fatti, ove mai piacesse per poco sostenere l' opposto, bisognerebbe ammettere che D. Nicola Folgori,

chese D. Ferdinando fosse stata veramente fedecommessaria , com'

ANNOTAZIONI.

al tempo in cui la marchesa avrebbe acquistato l' usufrutto de' beni del testatore , conseguita avrebbe la proprietà. Ma il testatore espressamente volle che verificato il caso dell' invito di suo fratello , costui goder non potesse che del solo usufrutto, tanto è strano l' attribuirgli il diritto alla proprietà piena : e l' usufrutto per D. Nicola , se avesse potuto avverarsi , anche *causale* sarebbe stato , atteso l' obbligo di conservare per restituire a' sostituiti ulteriori. — Andiamo avanti.

II. Il giureconsulto Marciano nella L. 12 *ff. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* ne dà conto del seguente Imperial rescritto: *Cum pecunia erat relicta Titio , ita* , ut post mortem legatarii ad Maevium rediret *: quamquam adscriptum sit ut usum ejus Titius haberet , proprietatem tamen ei legatam: et usus mentionem factam , quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus , divi Severus et Antoninus rescripserunt* — Questa legge (che pur si dice violata) è molto più fatale al ricorrente , perchè dalla sola circostanza di essersi disposta la restituzione dopo la morte del legatario , gl' Imperatori trassero la risoluzione che a costui data fosse la proprietà. Dunque non peccò la G. C. ritraendo dalle stesse circostanze nel nostro caso la definizione medesima : definizione tanto più giusta , perchè il testatore Folgori non una ma più volte disse che a favore di suo fratello , e degli altri invitati , *un fedecommesso ed una primogenitura* avea disposti !!!

III. Finalmente le ultime due leggi che si asseriscono violate , non dicono altro , se non che il legatario non può aver più di quello che il testatore ha voluto dargli; e la seconda specialmente , cioè la L. 69 *ff. de leg.* 3., è fatale al ricorrente. Ivi è insegnato in via di regola : *Non aliter a significatione verborum recedi oportet , quam cum manifestum est , aliud sensisse testatorem.* Ora è vero che il marchese D. Ferdinando Folgori diede alla moglie , pel caso figurato , l' usufrutto *:* ma è certo altresì che non elesse un coerede per conseguire nel punto stesso la proprietà. Questa non poteva stare in sospeso , se il caso immaginato fosse andato a verificarsi. Dunque dovea posar presso l' erede usufruttuario ; e quindi l' usufrutto era , secondo la frase di Paolo ,

ella l' ha qualificata, contenendo una condizione, cioè quella della morte de' figli nella età pupillare, si doveva riguardare unicamente il tempo dell' avvenuta condizione (h). *Nel che ha violato la L.*

ANNOTAZIONI.

pars dominii (1), ossia causale come lo chiamarono i DD., e nel linguaggio del foro, lo appellò la Gran Corte. — Interpetrazione è questa tanto più regolare, perchè a D. Nicola Folgori, ben lungi di essersi legata la proprietà, secondo l' esempio suggerito da Papiniano nella L. 33 *ff. de usufr.* (2), si attribuì anche l' usufrutto dopo che la marchesa ne avrebbe goduto in quella stessa guisa come fu espresso pel primo sostituito gravato — Vedete in ciò qual fede può aversi alle doglianze del ricorrente!!

(h) Questa imputazione è impropria. La Gran Corte in fine del suo ragionamento disse: » *Per tutte queste considerazioni, e per quelle de' primi Giudici,* LE QUALI PIENAMENTE SI ADOTTANO . . . Dunque per conoscere se la brillante teorica delle disposizioni condizionali, o rimesse al tempo dell' effetto, fosse o no stata presa in esame, bisognava vedere attentamente se i primi Giudici ne avessero ragionato. E non può negarsi che costoro si sbarazzarono di quest' altro trovato del sostituito Folgori, nel seguente modo: *Il destino di queste proibite disposizioni* (cioè de' fedecommessi) *è sempre lo stesso, o che siano pure, o che siano condizionate, perchè dovendo prender vigore nella loro origine dalla volontà del testatore, ove questa manca, perchè la legge l'ha distrutta, non potranno mai più essere in appresso produttive di effetto, abbenchè al tempo, in cui si avveri la condizione, si trovi cessato ogn' impedimento* (3).

Questo ragionamento è tanto più giusto, perchè la legge de' 15 marzo 1807, l'art. 896 del codice civile pubblicato nel 1809, e l' art. 942 delle leggi civili, pronunziando l' assoluto divieto delle sostituzioni fedecommessarie,

---

(1) *L. 4 ff. de usufr. et quem.*

(2) *Si Titio fructus, Maevio proprietas legata sit.*

(3) *Pag. 183 della decisione stampata a cura de' Pignatelli.*

41. §. 2 ff. de leg. 1, *la L.* 39. §. 4, et 39 §. 1 ff. de hered. instit.

ANNOTAZIONI.

non ne hanno salvato quelle disposte sotto condizione. Quando la legge è generale, non è lecito di temperarne il rigore con eccezioni presunte.

Di fatti, per vedere se il tempo dell'*effetto* possa giovare all'erede, o al legatario, non può farsi a meno di volger l'occhio al tempo della morte del testatore, ossia a quello della causa, senza della quale l'effetto non potrebbe esistere. Il tempo della morte del testatore, o del sostituente è indispensabile per conoscere se egli poteva far ciò che fece, e se dispor poteva come dispose. È questo l'insegnamento comune di tutt'i giureconsulti (1). L'egregio Toullier, dopo aver parlato degl'inviti fedecommessarj sommessi a condizione, aggiugne: » è vero che quest'ordine successivo non » è stabilito che condizionalmente, e non di un modo assoluto; ma proi» bendo le sostituzioni, l'articolo 896 non ha distinto affatto tra quelle che » son fatte puramente e semplicemente, e quelle che sono sotto condizione » determinate. La sua disposizione è generale; nè è permesso di creare una » distinzione che non sta nella legge: le sostituzioni condizionali son dunque » nel divieto generale ravvolte (2).

Nella causa Merendol la quale conteneva un caso la di cui formola molto si approssima al nostro, perchè a carico dell'erede erasi messo un legato per aver luogo ove mai morisse prima dell'età di 24 anni, su le uniformi conclusioni del Procurator Generale Merlin, la Corte di Cassazione di Francia agli 8 luglio 1812 conservò l'esposta massima, dicendo: » atteso che l'articolo 896 » del codice civile *ha pronunziato di una maniera assoluta l'abolizione* » *delle sostituzioni*, *il che egualmente comprende tanto quelle fatte con-*

---

(1) *V. Chabot de l'Allier quest. transitoires, testament pag.* 442 *n.* 1. *Grenier, traité des donat. et des testam. tom.* 1 *pag.* 133, 134 *e* 136; *e tom.* 2 *pag.* 74, 75 *e* 156.

(2) *Toullier droit civil français, tom.* 5 *n.* 37, *cita in rinforzo della sua opinione una decisione della Corte di Cassazione di Francia del* 1. *luglio* 1812, *ed un decreto dell'autorità legislativa de'* 31 *ottobre* 1813.

la L. 62 eod., *la L.* 4 ff. de reg. Caton. (i). *Per la quale cosa*

ANNOTAZIONI.

» *dizionalmente*, *che quelle senza condizione*; e che il testamento de' 17
» agosto 1807 rinchiude una instituzione di erede in pro di Giuseppe Gio.
» Battista Alessandro Merendol, ed una sostituzione condizionale in vantaggio
» di Carry e d'Ambrogio Merendol; d'onde segue che la Corte di appello
» d'Aix, *dichiarando questa sostituzione nulla*, ha ben applicata la disposi-
» zione del detto articolo 896: Rigetta il ricorso ec. ».

E vaglia il vero, se le sostituzioni rimesse al tempo della morte del gravato, la quale per se stessa forma una condizione (1) non fossero abolite, e quale potrebbe dirsi inclusa nelle leggi che ne pronunziano l'assoluto divieto? Tutti i sostituiti direbbero che, trovandosi chiamati nel caso della morte del gravato, sia questo un fedecommesso condizionale sottratto dalla proibizione, ed ancora efficace. Vedete l'assurdo!!!

(i) Atteso le osservazioni testè fatte, la G. C. non ha violato alcuna legge nel dichiarar comprese nella nullità irrogata dall' art. 896 del codice civile abolito anche le sostituzioni fedecommessarie condizionali. Ma è necessario di provare con maggior precisione, che le leggi invocate dal ricorrente non furono offese.

Il *tempo dell' effetto* è utile di valutarlo quando un erede, che sia incapace allorchè muore il testatore, possa trovarsi capace al momento che la disposizione vada a congiungersi coll' effetto. Ma ciò non può mai aver luogo, se il testatore all' epoca della morte si trovi incapace di disporre come dispose.

(1) *Heres meus* (*son parole di Papiniano*) *cum ipse morietur*, *centum Titio dato*: legatum sub conditione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum ad eum legatum perventurum. *L.* 79 §. 1 ff. de condit. et demonstr. *Si cum heres morietur*, legetur (*così Ulpiano*), conditionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. §. 1. *Si vero cum ipse legatarius morietur*, legetur ei: certum est, legatum ad heredem trasmitti. *L.* 4 ff. quando dies legat. vel fideicomm. cedat. *Vedete anche le leggi allo stesso effetto citate nella nota c.*

quando la stessa G. C. avesse voluto almeno essere consentanea a

---

ANNOTAZIONI.

In tal caso la legge dell' aperto testamento annichila la disposizione vietata, se anche fosse condizionale; ed è allora che il diritto dell' erede, o del legatario si annulla per contracolpo, non potendo l' effetto sussistere senza la causa (1). Or quando una legge intermedia, in attività al tempo della morte, impedisce che il testamento risalga all' epoca in cui fu fatto, come gli estremi si potrebbero unire, e far di due tempi un tempo solo?

Posti questi principj, è evidente che la eccezione alla regola Catoniana nel caso in ispecie non giova. La regola è questa: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (2); e perciò la instituzione nulla nel suo principio, non può divenir valida posteriormente (3). Sì fatta regola si applica però solo alle *pure* disposizioni di ultima volontà, cioè a quelle che debbono avere effetto in tempo della morte del testatore (4): la eccezione sta per le disposizioni condizionali; *Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere* (5).

È in vigore di questa eccezione che si poteva lasciare la eredità ad un incapace sotto la condizione che capace addivenghi (6); che si permetteva il legato condizionale della cosa propria del legatario (7); e che le colonne, i marmi, ed altri oggetti uniti ad un edifizio, tutto che ne fosse proibita la disposizione per non deturpare la città disfacendo le fabbriche cui aderivano, potevansi dare sotto condizione (8). In questi ed altri casi della stessa indole

---

(1) *L.* 129 §. 1. *ff. de regul. juris.*
(2) *L.* 1 *ff. de regula Catoniana.*
(3) *L.* 210 *ff. de regul. juris. Ved. anche le LL.* 29 e 201 *ivi.*
(4) *Pothier pand. Justin. lib.* 24, *tit.* 7, *n.* 2.
(5) *L.* 4 *ff. de regul. Caton.*
(6) *L.* 60 *ff. de hered. institut.*
(7) *L.* 98 *ff. de cond. et demonstrat.*
(8) *L.* 41 §. 1, *L.* 43 *ff. de leg.* 1. *Ved. Pothier pand. Justin. lib.* 34, *tit.* 7, *n.* 3.

se stessa avrebbe dovuto anche per la via del fedecommesso , es-

ANNOTAZIONI.

non si riguardava il tempo del fatto testamento, ma quello della condizione verificata; ed allora la disposizione conseguiva il suo effetto, ove l'impedimento si trovasse cessato.

Tutto ciò, come dicevamo, non giova al sostituito Folgori. Il marchese D. Ferdinando, attesa la proibizione delle sostituzioni pupillari, era nello stato d'incapacità assoluta di testare pel figlio. Riguardo al sostituente, indarno si ricorre ad esempj diretti o a togliere di mezzo la incapacità dell'erede, o a legar cose di cui per un temporaneo impedimento non si potrebbe puramente disporre. Noi versiamo in un caso ove a pieno torto si cerca di ascondere la incapacità del testatore sotto i veli della capacità dell'erede. Altronde si sa che le leggi romane, nè puramente, nè sotto condizione tolleravano le disposizioni di cose di cui per assoluto divieto non si potesse disporre. Ecco perchè assoluto è il divietò di legare *monumentum*, mentr' è permesso di concedere il semplice diritto di sepoltura (1). Ecco perchè Ulpiano chiama mentecatto colui che nel suo testamento disponesse de' fondi addetti alle delizie del Principe (2).

E per migliore appoggio della dottrina, che inutilmente si ricorre all'eccezioni della regola Catoniana, e quindi al tempo dell'effetto, quando i divieti di disporre, lungi di esser temporanei o relativi, sono assoluti, giova richiamare in rinforzo due esempj luminosi, che nelle stesse leggi romane s'incontrano. Se taluno, dice Ulpiano, faccia un legato de' fondi patrimoniali del Principe, i quali senza suo beneplacito non posson distrarsi, al legatario non dee in iscambio prestarsi la stima (3). Al contrario, soggiugne il giureconsulto, se a taluno si leghi la cosa altrui, ch' egli non può avere, se gli darà la stima: *Sed si res aliena cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem de-*

(1) *L.* 14 *cod. de legat.*
(2) *L.* 39 §. 8 *ff. de legat.* 1.
(3) *L.* 39 §. 10 *ff. eod.*

sendo fedecommesso condizionale, far dritto al marchese D. Nicola

ANNOTAZIONI.

beri (1). Perchè questa differenza? Perchè nel primo caso il testatore era in una parziale assoluta incapacità di disporre; non così nel secondo. Laonde, ove un testatore contravvenga a' divieti assoluti della legge, il testamento è irreparabilmente nullo; ed invano il legatario o l'erede, annullata già la disposizione vietata, ricorrerebbe a leggi innovative che più indulgenti apparissero.

Crolla dunque dalle sue basi l'edifizio che il ricorrente fin da principio erger volle sulla teorica de' tempi medj, e sull' effetto delle disposizioni condizionali. È piena di spirito, ma non solida la sfuggita che D. Nicola Folgori, come pupillarmente sostituito, trovavasi invitato sotto condizione, non offesa dalle leggi del 1810. Queste annullarono per sempre l'obbligo imposto a D. Salvatore di aver per erede colui che non era nella effettiva sua scelta.

Nè possiamo ometter di osservare che, se in nome dell' ultimo marchese defunto il gravame fu rigettato, non si può ora, trovandosi già estinto, rianimarlo con una legge nuova: questa in tal caso servirebbe di stimolo a produr domande della stessa indole, e diverrebbe retroattiva = Di più, se sopravvenisse altra legge, colla quale di bel nuovo si permettessero tutte le fedecommessarie sostituzioni riconosciute dal diritto romano, quelle di già abolite, secondo il ragionare degli avversarj, risorgerebbero, e forse con maggior appoggio. In tal caso l' immediato sostituito direbbe che fu utile il fedecommesso non solo quando il testatore lo fece, ma pure allor che morì: ed in tal modo sarebbe in circostanze più favorevoli di D. Nicola Folgori, perchè conterebbe in di lui favore tutt' i tempi, cioè, 1. quello del testamento; 2. quello della morte del testatore; 3. il tempo della verificata condizione. Ed ecco come per via di sforzi ingegnosi si conchiuderebbe in massima, che è retroattiva ogni legge! O, quel ch'è peggio, la legge del 15 marzo 1807, il decreto de' 22 ottobre 1808, ed il codice civile sopraggiunto, sarebbero stati efficaci per annullare le sostituzioni antiche, non già quelle disposte da' testatori che morissero sotto il loro dominio, come avvenne pel marchese D. Ferdinando

(1) *L. 40 ff. de legat. 1.*

Folgori (l). *Quindi senza cessar d' insistere sulla sostituzion pupillare il ricorrente si protesta , che finchè la decisione impugnata sarà in piedi, egli si crede autorizzato per esecuzione della medesima a dedurre come nuova azione la domanda del fedecommesso condizionale* (m). *E ciò senza pregiudizio del presente ricorso e di tutti gli assunti , che qui si contengono.*

ANNOTAZIONI.

Folgori. E con questo felice ragionamento si vedrebbe abolito il fatto , e vietato il faciendo , eccetto quel che si trovava fatto a metà , e non ancor sigillato colla morte , ancorchè seguìta durante il divieto ! !

(l) La Gran Corte fu consentanea a se stessa nel decidere come ha deciso: avrebbe offesi tutt' i principj , e le più ferme massime della giurisprudenza quando avesso mantenuto un fedecommesso condizionale da cui fu liberata la eredità che al defunto D. Salvatore Folgori pervenne nel 1810. Vedete le due precedenti annotazioni.

(m) Noi prevediamo che questa novella azione sarà rigettata all' udienza , seguìta appena la lettura delle conclusioni , tanto è sensibile il torto che si ha nello insistervi: in effetti , nel dì 11 dello scorso dicembre la causa si è chiamata per ordine di ruolo nella seconda camera del tribunal civile , e l'attore D. Nicola Folgori non ha avuto cura di presentarvisi; per cui potrebbe dirsi che il prediletto fedecommesso condizionale è morto nel nascere !

Del resto , il ragionamento de' primi Giudici , *adottato pienamente* nella decisione impugnata (1), contiene l'esame di questo pellegrino trovato , per cui non vi vorrà altro per provare che non può render migliore la causa del sostituito. Vorremmo che pria di fare la minaccia , si foss' egli ricordato della distinzione che il giureconsulto Paolo fa delle azioni personali , e reali in questi termini: *actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt : quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur , singulas obligationes singulae causae sequuntur , nec ulla earum alterius petitione vitiatur :*

---

(1) *V. la nota i.*

VI. MEZZO.

La G. C. non ha badato, che trattandosi di sostituzione pupil-

ANNOTAZIONI.

at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur: *neque enim amplius quam semel res mea esse potest*; *seapius autem deberi potest* (1). Ed anche Ulpiano avea avvertito: *Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Ut puta opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere*; *mutavit opinionem, et coepit putare ex causa donationis*: haec res non parit petitionem novam; *nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit* (2). Vorremmo altresì che il ricorrente si fosse ricordato che sebbene in principio chiesta avesse la eredità del nipote solo in forza della sostituzione pupillare, indi ampliando il suo primo libello, la domandò per tutte le vie per cui gli si potesse accordare in forza del testamento del marchese D. Ferdinando; ed anche sotto l' aspetto di fedecommesso di reliquato (3): queste stesse cose, censurando la sentenza de' primi Giudici che le avea rigettate, furon ripetute con istraordinaria costanza in appello (4); ed ebbero la stessa sventura che incontrarono in prima istanza. Non è dunque stancar la pazienza il mettere in quistione ciò che ha cessato di esserlo, quasi il giudicato in cui la *nuova azione* è ravvolta, non esistesse! mentre la quistione è stata presentata ed esaminata in tutti gli aspetti, di pupillare, e di fedecommessaria, anche *de residuo!* Vedansi le quistioni 6 e 7 propostesi dalla Gran Corte Civile.

(1) *L.* 14 §. 2 *ff. de except. rei jud. Ved. ancora la L.* 3 §. 4 *ff. de adquir. vel amitt. posses. L.* 159 *ff. de regul. jur.* §. 6 *instit. de legat.*

(2) *L.* 11 §. 5 *ff. de re jud.*

(3) *Vedete queste domande ampliative nelle pag.* 145, 146, 147, 148 *e* 149 *della decisione stampata a cura de' Pignatelli.*

(4) *V. le pag.* 199, 200 *e* 201 *ivi.*

lare era espressamente definito in diritto, doversi riguardare per la eredità del pupillo il tempo della morte del pupillo, e non quello della morte del padre. Non che ha violato la L. 11 D. de vulg. et pupill., *le LL.* 28 *e* 29 eod., *e la L.* 10 D. de captivis (n).

ANNOTAZIONI.

Ma noi che amiamo sempre nelle cause di render palesi le nostre armi, vogliamo fin da ora additare il primo mezzo col quale, indipendentemente dal giudicato, saluteremo la novella azione del fedecommesso condizionale. Intendiamo parlare di un rescritto dell' Imperatore Teodosio in questi termini: *Si quis agere ex testamento quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit: ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: ut etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit: qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem; sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse: ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas, sive secundum nuncupationem, coeterasve similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex mora petierit, statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suae intentionis explanet* (1). D. Nicola Folgori, in pieno arbitrio di eleggere se gli convenisse chiedere la eredità del pupillo, o il fedecommesso, fece le scelta ed elesse la prima. Indi volle tentare di avere la eredità medesima per tutte le vie per cui potesse dargliela il testamento del sostituente; e fabbricò quasi una metà della sua *terza difesa* sopra il valore dell' *omni meliori modo* contenuto in quell' atto. Come ora dopo una piena rotta vuol ripigliare l' aringo!

(n) La teorica annunciata dal ricorrente non può ammettersi; e la G. C. che non istimò aderirvi, non commise alcun peccato. Dimostriamo questa posizione, prima co' principj più certi in diritto, indi col far vedere che le leggi invocate non sono di nocumento.

---

(1) *L.* 8 *cod. de codicill.*

A N N O T A Z I O N I.

Il testamento, durante la vita dell'autor suo, è un progetto rivocabile a piacere, nè divien fermo che quando il testatore vi persevera fino alla morte.

I giureconsulti distinsero con ragione la *fazion* del testamento, dalla *disposizione* (1). Questa è in sospeso fino alla morte del testatore, quando propriamente diviene immutabile — La volontà dell'uomo è variabile fino alla morte (2) — Niuno può in un testamento imporsi la legge di non recedere da' di lui voleri (3) — L'ultima volontà è sempre di maggior peso (4); e l'ultima si attende (5).

Da questi principj nasce spontanea la massima di applicazione, che le leggi innovative che sopraggiungono, hanno il diritto d'impossessarsi delle disposizioni non ancora aperte, e di governarle. « Per sapere se un testatore *ha* » *potuto disporre*, e se non ha sorpassato i legittimi limiti, dee consultarsi la » legge del giorno in cui è morto, perciocchè in questo giorno solamente ha po» tuto verificarsi il diritto de' suoi eredi, e de' suoi legatarj (6). Questi stessi principj, che non mai variarono nel vecchio foro, furono da' più gravi giureconsulti di nuova scuola insegnati, e sopratutto da Tronchet (7), Grenier (8), e Toullier (9).

Quindi è che, per conoscere se il marchese Ferdinando Folgori dispor potea come dispose, non può evitarsi la legislazione del 1810, quando egli cessò di vivere. Allora il suo testamento divenne irrevocabile: allora la sua volontà

(1) *V. Chabot de l'Allier, quest. transitoires, Testament* §. 1 *n.* 1.

(2) *L.* 4 *ff. de adim. leg.*

(3) *L.* 22 *ff. de leg.* 3.

(4) *D. L.* 22.

(5) *L.* 6 *ff. de adim. leg.*

(6) *Merlin quest. de droit, Testament* §. 2 — *Ved. anche la decisione della Corte di Cassazione di Francia de'*20 *gennaio* 1806 *citata in Chabot, quest. transitoires, Testament* §. IV, II, *e* §. V, *ove la quistione è trattata ex professo.*

(7) *Vedete la sua dottrina in Chabot, ivi, Testam. pag.* 442 *tom.* 2.

(8) *Traité des donations et des testamens tom.* 1, *pag.* 276, 2 *édition, Paris* 1812.

(9) *Droit civil, liv. III, tit.* 2, *chap.* 11, *n.* 90.

fu confermata dalla morte: *Testamentum enim*, son parole di S. Paolo (1), *in mortuis confirmatum est; alioquin nondum valet dum vivit qui testatus est.* In fatti, se tal capacità in disporre misurar si volesse colle leggi del 1801, quando il testamento fu fatto, come schivar l'assurdo che la capacità del testatore in un tempo solo si valuti; mentre è regola in diritto che ciò si faccia in due tempi (2)?

Siffatta teorica non varia nel caso di sostituzion pupillare. È vero che due sono le eredità delle quali il padre in tal congiuntura dispone, la sua e quella del figlio (3). *Ma l'autore che le regola è* UNO, cioè il padre. Laonde i tempi che richieggonsi per la fermezza del testamento fatto pel figlio, esser debbono quelli stessi che si valutano pel testamento paterno. Nè sarebbe possibile di contemplare in tal caso la morte dell' impubere; poichè le seconde tavole non sono l'opera sua, nè esser poteanlo: incapace per età di poter testare (4), muore non col proprio, ma col testamento che il padre formò per lui (5). Tanto è ciò vero che se il testamento del padre diveniva nullo per la preterizione di un figlio, o si rompeva per l'agnazione di un postumo, cadeva anche la pupillare; ed in generale se la paterna eredità non era adita: *Si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit*, §. *5 instit. de pupill. subst. Nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat*, *L.* 2 §. *1 ff. de vulgari et pupill. subit.*

La stessa verità apparisce più risplendente ove si volga il pensiero all' antichissima disputa tra i Proculeiani e i Sabiniani, ed alla massima che dopo l'attrito delle loro contese fu ricevuta in diritto. L' oggetto della quistione era se, nel caso di sostituzion pupillare, unico o doppio fosse il testamento del padre e del fi-

(1) *Epist. ad Haebr. cap.* 9, *vers.* 17.

(2) *LL.* 29 *e* 210 *ff. de regul. jur.* §§. 1 *e* 4 *instit. quib. mod. testam. infirm. Questa massima dell'antico diritto non è alterata nel nuovo. Ved. all'uopo Maleville, Grenier, e Toullier nel suo diritto civile tom. V n.* 88.

(3) §. 2 *instit. de pupill. substit.*

(4) *L.* 5 *ff. qui testam. fac. poss.*

(5) *V. Averan. Interpret. jur. lib.* 5, *cap.* 7, *n.* 5.

gliuolo. Trionfò per plausibilissime ragioni la opinione de' Sabiniani intorno alla unità del testamento (1). La loro sentenza fu ricevuta e comunemente applaudita, nè a noi è pervenuta legge che contenesse l' opposto. Ed anche Giustiniano, il quale per un eurema di dritto asserì che due fossero i testamenti, quasi il figlio si avesse direttamente nominato l' erede, indi per dire il vero, omesse le finzioni, aggiunse tosto « *aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum*, sanzionando in tal modo la dottrina comune (2). Dunque la massima generalmente accolta è che unico sia il testamento, sebbene in sostanza due fossero le eredità, due gli eredi, due le adizioni, due le morti che si attendono per farsi luogo all' acquisto di tali eredità tramandate con due disposizioni, una principale, l' altra accessoria (3).

Da questo fonte limpidissimo della unità del testamento del padre e del figlio nel caso di sostituzion pupillare scaturisce, come dicevamo, il principio che, per valutare la fermezza delle seconde tavole, non possa ricorrersi ad una legislazione diversa da quella in cui si apriron le prime.

Ma se anche volesse tormentarsi una verità che per secoli fu invariabilmente custodita, per dire che doppio e non unico sia il testamento del padre e del figliuolo, la massima esposta nè tampoco vacillerebbe. La sostituzion pupillare è fatta dal padre, il quale può mutar volontà fino al momento di sua morte. Il padre dopo avere in *pupillaribus tabulis* nominato un erede al figlio, può benissimo o cangiare il nome dell' erede, o tutt' affatto annientare la sostituzion pupillare. Or questa libertà nel sostituente, non estinguendosi che al momento in cui egli muore, convien dire che allora le tavole pupillari acquistano la loro

(1) *V. la L. 2 §. 4, e le LL. 20, e 38 §. 3 ff. de vulg., L. 28 ff. de reb. auct. jud. possid., §. 5 instit. de pupill. Teophil. Parafras. instit. de pupill. §. 2. Vedete anche gli effetti di questa ricevuta sentenza nella L. 11 §. 5 ff. ad L. Falcid., L. 34 §. 10 ff. de leg. 1, L. 1 §. 7 ff. quando dies legati ced., L. 10 §. 1 ff. de vulg.*

(2) *§. 2 instit. de pupill.*

(3) *V. la L. 2 pr. e §§. 1 e 4; e le LL. 38 e 43 ff. de vulg. et pupill. Ved. anche la L. 11 §. 1 ff. ad SC. Trebell.*

fermezza e divengono irrevocabili. Dunque è una verità inconcussa che questo testamento del figliuolo, come opera del padre, che dee persistervi fino al termine di sua vita, non può, in quanto alla validità, esser regolato da altre leggi che quelle del tempo in cui la vita del padre istesso si estingue.

Ed in vero, improprio sarebbe di voler surrogare al tempo della morte del padre, che ordinò la sostituzione pupillare, quello della morte del pupillo per misurare la facoltà e capacità di disporre. Il tempo della morte del testatore non per altra ragione si attende, se non perchè egli poteva rivocare il testamento. Il tempo della morte del pupillo per qual ragione si attenderebbe? Può egli forse cambiare il testamento fattogli dal padre? Riguardo alla di lui persona, egli non avea facoltà di disporre, nè quando il padre fece il testamento, nè quando costui morì, nè quando esso muore in età pupillare. Il tempo della morte del pupillo non riguarda la capacità del testatore, ma quella del sostituito; il che con raro artificio si è sempre procurato in questa causa di confondere.

In somma tutto potrebbe ridursi a questo. Chi volete che abbia nominato l' erede della controversa eredità, il padre o il figliuolo? Il figliuolo nol poteva, perchè la legge gliel vietava durante il periodo della impubertà (1). Dunque l' erede fu per lui nominato dal padre. E se di ciò non può farsi dubbio, è anche certissimo che, per vedere se possa o no reggere la instituzione a nome del figliuolo, attender bisogna i due tempi, del fatto testamento, e della morte del padre che ne fu l' autore.

Espressi testi di legge vengono in soccorso di tutti questi principj. Alla causa del testamento, dice il giureconsulto Ulpiano, si appartiene tutto ciò che vi si trova scritto, e che caratterizza la ultima volontà del suo autore; e ciò s' intende tanto per le prime che per le seconde tavole, cioè tanto pel testamento paterno, che per la sostituzion pupillare, la quale non è altrimenti creata che dalla volontà del padre: *Ad causam autem testamenti pertinere videtur id, quodcumque quasi ad testamentum factum sit, in quacumque materia fuerit scriptum, quod contineat supremam voluntatem: et tam principales,*

(1) *Instit. quib. non est permiss. fac. testam. L.* 5 *ff. qui testam. fac. poss.*

quam secundae tabulae edicto continentur (1). La ragione di ciò con squisita analogia fu additata dal giureconsulto Gajo in questi termini: *Sicut codicilli pars intelliguntur testamenti; ita secundae tabulae principalium tabularum partem obtinere videntur* (2). Su la qual legge avvi questa pregevolissima annotazione in Gotofredo: *Codicilli eadem ad testamentum ratio, quae secundarum tabularum ad principales. Codicilli, pars testamenti: secundae tabulae, pars sunt principalium tabularum. Codicilli, supplementum testamenti* (3).

Ora allo stesso modo che sarebbe improprio di misurare il valore de' codicilli in tempi diversi da quello in cui si conosce del testamento del quale sono appendice, sentirebbe anche di stranezza se il tempo da valutare la stabilità o fermezza delle seconde tavole potess' esser diverso da quello in cui del paterno testamento si giudica.

Papiniano insegna che, se all'epoca della morte del padre, il figlio impubere si trovi emancipato, la sostituzion pupillare svanisce: *cum filiae, vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere, parens substituit: si quis ex his* mortis quoque tempore *non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita* (4). Or se il tempo della morte del sostituente non fosse da attendersi in riguardo alle tavole pupillari, a che l'impubere dovrebbe trovarsi *in familia* anche in quel tempo? non sarebbe sufficiente ch' ei lo fosse solo all' epoca del fatto testamento, ossia della sostituzione ordinata? Se dunque Papiniano senza esitazione ed in via di massima ammaestra l' opposto, faremo più dubbio intorno al principio adottato dalla Gran Corte, che il tempo della morte del sostituente sia indispensabile per conoscere della validità o fermezza delle tavole pupillari?

Ma un ultimo argomento, che corona la dimostrazione, lo somministra Ulpiano nella L. 3 §. 4 del titolo *de heredibus instituendis*. Era di principio

(1) *L.* 2 §. 2 *ff. testam quemad. aper.*
(2) *L.* 11 *ff. eod.*
(3) *V. anche la L.* 18 *ff. de jure codicill.*
(4) *L.* 41 §. 2 *ff. de vulgari.*

ANNOTAZIONI.

che, sebbene per le leggi caducarie l'eredità agli estranei eredi dall' apertura del testamento si deferisse (1), pure agli *eredi suoi* la eredità si deferiva, e si acquistava dal giorno della morte (2). In tal modo divien chiara la suddetta legge, ov' è scritto che dopo la morte del testatore, il differimento dell'apertura del testamento non altera il diritto del *necessario erede*, se anche in tempo che la eredità pupillare si deferisce, il sostituito sia di aliena famiglia. Ecco la legge: *Aperturae tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat; ut solemus in substituto impuberis dicere. Nam est relatum, si se adrogandum dederit substitutus impuberi defuncti filius, necessarium eum fore.* La ragione di ciò non può altrimenti desumersi che dalla unità del testamento del padre e del figliuolo, per cui basta che il sostituito abbia i diritti di famiglia in tempo che muore il padre: *Quidquid*, nota il dotto Pothier (3), *contingit suo heredi post mortem testatoris intra dilationem aperturae tabularum, non potest mutare jus ipsi ex die mortis quaesitum; adeoque, etiamsi jura familiae, omittat, perget esse testatori necessarius heres. Imo impuberi ex substitutione pupillari erit heres necessarius, quamvis tempore delatae pupillaris hereditatis ipse sit in extranea familia. Sufficit enim eum habuisse jura familiae tempore mortis testatoris; cum et patris et filii unum sit testamentum* — Dicasi dopo tutto questo se è possibile di sconvolgere il tessuto delle verità più sicure in diritto, per accreditare la causa del sostituito Folgori, schivando il tempo della morte del marchese D. Ferdinando!

Per piena confutazione della censura contenuta in questo VI mezzo del ricorso, ci resta a vedere se le leggi che si citarono per sostenerlo dicano positivamente l'opposto di ciò che la Gran Corte ha dichiarato.

La prima in ordine è la L. 11 *ff. de vulgari.* Paolo dice in questa legge: *Si his, qui heres institutus est, filio substitutus sit; nihil oberit ei in sub-*

(1) *Regula catoniana ad novas leges non pertinet. L.* 5 *ff. de regul. caton. Ved. Gotofredo. su questa legge, e Cujac.* 14 *obs.* 4.

(2) *Pothier Pand. Justin. lib.* 28, *tit.* 7, §. 3, *art.* 2, *n.* 1.

(3) *Pand. Justin. ivi.*

VII. MEZZO.

La G. C. ha malamente applicato l'articolo 896 *del codice civile credendo che appartenesse alla sostituzione pupillare* (o), *ed ha*

ANNOTAZIONI.

stitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit. Contra quoque potest poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit. Or vedete la bella invenzione! Si cita una legge nella quale si definisce in qual tempo la capacità dell' erede in ricevere debba valutarsi, e si pretende che la G. C. l'abbia violata giudicando della capacità del testatore!!!

Le due leggi 28 e 29 *ff. de vulgari*, e la legge 10 *ff. de captivis* sono del pari direttamente opposte all'assunto del ricorrente. Di fatti, tanto è vero che la legge riguarda la capacità di disporre anche in tempo della morte del padre, che la legge Cornelia fu obbligata a creare una finzione di dritto per dar ad intendere che costui, fatto prigioniero, fosse morto in città prima di essere in cattività ridotto. Ora se fosse vero che la legge non attende il tempo della morte del padre, ma solo il tempo della fazione del testamento, e quello della morte del pupillo, sarebbe stata ben ridicola la legge Cornelia in fingere che il padre fosse morto in città; come pure, se foss'egli ritornato dalla cattività, in fingersi *jure postliminii* di non essere stato mai prigioniero. Siffatte finzioni dimostrano ad evidenza che qualunque impedimento intermedio di legge, il quale inabilita il padre a sostituire pupillarmente fino al giorno della sua morte, distrugge la sostituzione pupillare legalmente fatta allor che la fece.

(o) La Gran Corte non ha applicato l'articolo 896 del codice civile nel senso che immagina il ricorrente. Basta leggere il ragionamento contenuto nello sviluppo della 3. quistione, per vedere che la Gran Corte definì che la sostituzion pupillare de' romani è incompatibile co' principj del codice civile; che nella discussione del medesimo la pupillare si ebbe per graduale; e che di tutte le sostituzioni abolite coll' articolo 896, la sola volgare fu conservata come innocente.

violato il decreto di marzo 1808, col quale fu prescritto che il

ANNOTAZIONI.

Nè in ciò si ebbe torto da' francesi nella formazione del codice civile. La sostituzione pupillare, la quale da' romani non era avuta per fedecommesso, il divenne presso i popoli, che non adottarono la patria potestà propria *civium romanorum*; secondo la quale i figli erano nel quiritario dominio del padre, o dell' avo (1). Allora fu che, non permettendosi di sostituire a' diredati, nè su' beni avventizj dell' impubere, la pupillare cadde su' soli beni che a costui tramandavansi dal sostituente, nè altrimenti valea che come fedecommessaria. Questa verità di cui ci rendono testimonianza gravissimi autori, è attestata da Voet ne' seguenti termini: — *Qua occasione generaliter observandum, pupillarem substitutionem, quatenus pro fundamento habet patriam potestatem, et ad omnia impuberis bona sive a patre sive aliunde acquisita se se extendit, usu sublatam esse; de coetero non modo patrem sed et matrem, et propinquos, et extraneos quoscumque, heredibus institutis, tum liberis, tum extraneis, tum impuberibus, tum puberibus cujuscumque aetatis, substituere posse verbis directis in casum quo heredes erunt, et vel intra pubertatem, vel intra majorem aetatem, vel intra aliud tempus quodcumque, arbitrio testatoris praefiniendum, morientur*; ita ut substitutio illa non producatur ultra bona ab ipso substituente profecta, et verbis substitutionis directis in obliqua flexis, institutus intelligatur gravatus universali fideicommisso de restituenda defuncti substituentis hereditate ei, qui substitutus est; de reliqua vero substantia, quae aliunde heredi instituto quaesita fuit, pro suo arbitrio testamento disponat, vel legitimos in ea habeat successores, si noluerit, vel per leges non potuerit ipse testari. *Groenewegen ad pr. et ad §. ult. instit. de pupill. substit. Ant. Mattheus de auction. lib. 1. cap. II n. 32 in fin. Parens P. mem. Paulus Voet ad §. ult. instit. de pupill. substit. n. 5. Respons. Jurisc. Holl. par. 2 consil. 236, 237, e par. 4 cons. 7* (2).

(1) *V. Bynkersoek de jure occid. liber. cap. 1 pag. 145, et Heinnec. in tit. instit. de patria potestate n. 136.*

(2) *Voet in lib. 28, tit. 6 ff. n. 26.*

dritto romano non avesse più forza di legge in quelle materie soltanto che facessero oggetto del codice civile (p).

ANNOTAZIONI.

Fecero dunque benissimo i legislatori francesi nel riguardare la sostituzione pupillare come graduale, e fedecommessaria. Essi conoscevano lo stato attuale della giurisprudenza presso i diversi popoli; e mentre non ignoravano che la patria potestà de' romani non era più in uso, volevano cancellarne tutti gli effetti che risentivansi della originaria durezza, riportandola a' principj del natural diritto. Laonde considerando che fedecommesso vi ha sempre che il chiamato non può raccogliere, ovvero non è invitato a raccogliere che progressivamente (1), intesero d'includere, e positivamente inclusero la pupillare nell' ampio divieto delle sostituzioni di ogni natura. Fra le sostituzioni dirette, la sola volgare fu risparmiata (2), perchè questa sola era senza vizio.

(p) Il dotto difensore di D. Nicola fa quì come Ulisse che si finse stolto, poichè mostra di non conoscere che significhino nel decreto de' 22 ottobre 1808 (cangiandone anche la data in marzo) quella parole « *materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel codice civile* ». Soffra dunque che noi glie le spieghiamo.

Queste parole sono fedelmente copiate dalla legge fatta in Francia il 30 ventoso dell'anno XII nella pubblicazione del codice civile; e l' articolo 7, onde le parole suddette son tratte, formò materia di due discussioni in quel Consiglio di Stato.

Nella prima del 17 ventoso dell'anno XII Maleville disse doversi alla fine del codice apporre una sanzione, la quale richiedeva un profondo esame: perciocchè siccome il codice non riuniva tutte le decisioni che trovavansi nelle leggi romane, nelle ordinanze, e nelle consuetudini, sarebbe avvenuto che, abrogandosi tutte queste leggi per non dare a' Giudici altra regola che il codice, si sarebbe gittato l'arbitrario in infinite contese; ma d' altronde, lasciandosi sussistere insieme ed il codice e quelle leggi, abrogandosi solamente ciò che aveano di

(1) *V. Merlin repert. Substitution fideicommiss. sect.* 8, *n.* 4 *e* 5.

(2) *Art.* 898 *cod. civ. franc.*

contrario al codice, non si farebbe che aggiungere a quella immensa legislazione, da cui si era oppresso. Onde sarebbe convenuto in un articolo finale abrogare tutte le leggi contrarie alle disposizioni del codice, ed aggiungere che *quelle, le quali, senza esservi contrarie, decidessero su di materie, che eran l'obbietto de' titoli del codice, cesseranno di aver forza di legge, e non potranno più esser citate che come ragione scritta.*

Cambacerès se gli oppose, dicendo che era impossibile che il codice civile contenesse la soluzione di tutte le quistioni che potessero presentarsi; e perciò non bisognava privare i tribunali del vantaggio di attignere le loro decisioni in altre autorità.

Ma Maleville gli rispose che, se le leggi antiche conservassero la loro forza nelle disposizioni non richiamate nel codice, il Tribunal di Cassazione sarebbe obbligato di vendicarne l' infrazione, annullando i giudicati che le feriscono.

Al che Cambacerès soggiunse che non vi sarebbe infrazione alla legge, se non quando la disposizione non riconosciuta da' Tribunali si trovasse richiamata nel codice civile. Ma che nel dippiù quella discussione era prematura, bisognando attender che la Sezione avesse compiuto il suo lavoro, e stampato il progetto (1).

Nella seduta del 19 dell' istesso mese lettisi il progetto e l'articolo nel modo come di sopra l' abbiam riferito, Cambacerès ripigliò il suo discorso con dire *di esser utile di ridurre l' articolo in guisa di lasciare alle leggi antiche la loro autorità per rapporto alle quistioni ed ai casi che non si trovassero decisi dal codice civile.* Che in verità gli uomini di legge sarebber forzati a fare studj più estesi, ma ciò sarebbe piuttosto un vantaggio che un inconveniente.

Ma il Consigliere Bigot-Préameneu, membro della Sezione, gli replicò che « se si lasciasse alle leggi anteriori la loro forza, risulterebbero delle liti » anche ne' casi preveduti dal Codice: e ne' casi non preveduti lasciar non po-

(1) *Processo verbale tom.* 5 *pag.* 283 *e* 284.

» teasi al dritto romano la forza che avea ne' paesi di dritto scritto, senza in-
» trodurre nel Tribunal di Cassazione una grande diversità di principj e di giu-
» risprudenza. Si sarebbe forzato di pronunziar la cassazione del giudicato ren-
» duto da alcuni Tribunali, perchè avrebber contravvenuto al dritto romano che
» faceva legge nella loro giurisdizione; mentre la medesima decisione non da-
» rebbe apertura a cassazione, quando fosse stata renduta da altri Tribunali, al-
» li quali il dritto romano è stato sempre straniero ». Che « il dritto romano avea
» sempre autorità di ragione scritta, e poteva usarsene in impiegando le massi-
» me di equità che contiene, senza essere astretto di servirsi delle sottigliezze
» e degli errori che qualche volta vi si mischiavano. Ma conveniva che su di niun
» punto dello Stato si fornissero mezzi di cassazione! »

Ed il Cambacerès disse ch' ei consentiva « che l' infrazione delle antiche
» leggi non desse apertura a cassazione, purchè non si rifiutasse ai Giudici il
» potere di prenderle per guida » (1).

Quindi il Maleville, dopo aver mentovata anch' egli tale discussione, così conchiude:

» Laonde la Corte di Cassazione non può cancellare una sentenza, che ab-
» bia violata la legge dell' 11 brumale anno 7 sulle ipoteche, perchè la materia
» delle ipoteche è trattata nel codice civile. Parimente una sentenza, che ab-
» bia violato le disposizioni a causa di morte contenute nell' ordinanza del 1735,
» perchè le formalità, e gli effetti di queste disposizioni son regolate dal co-
» dice civile, e va discorrendo ».

» Non credo neppur che si possa prender motivo di annullare un giudi-
» zio, perciocchè in questo giudizio non si sia osservato qualche articolo di
» alcune leggi precedenti, il quale non sia stato precisamente rivocato dal co-
» dice ne' titoli ove si scorge trattata la materia di queste leggi. Basta che co-
» desta materia formi l' obbietto di uno de' titoli del codice, perchè ogni legge
» generale o particolare sul medesimo argomento cessi di essere obbligatoria.
» Il nostro articolo lo dice espressamente » (2).

---

(1) *Process. verbal. detto tom.* 5 *pag.* 297 *e* 298.

(2) *Maleville in fine dell' Analisi del codice civile.*

ANNOTAZIONI.

Ma queste autentiche dichiarazioni, opportunisssime per la esatta intelligenza delle leggi abrogative che il ricorrente s' infinge di non sapere, sono consacrate in una solenne determinazione dell' autorità legislativa in Francia, promossa dal bisogno di definire che s' intendesse per *materia* non trattata dal codice penale, rispetto alle quali, a' termini dell' articolo 484, le antiche leggi restar doveano in osservanza. La Corte di Cassazione era per tal riguardo in urto colle Corti di appello; e la contraddizione delle massime avea consigliato di proporre il dubbio della legge, onde fosse autenticamente risoluto, come avvenne. Ecco i termini del parere del Consiglio di Stato.

» Considerando che l' articolo 484 del codice penale del 1810, non ingiun-
» gendo alle Corti ed a' Tribunali di continuare l' osservanza delle leggi e re-
» golamenti particolari non rinnovati da questo codice che nelle materie non
» regolate da questo codice istesso, fa chiaramente conoscere *doversi avere*
» *per abrogate tutte le antiche leggi, tutti gli antichi regolamenti che di-*
» *spongono sopra materie regolate dal codice, quando anche queste leg-*
» *gi, o regolamenti prevedessero de' casi dipendenti da tali materie, ma*
» *su i quali il suddetto codice sta in silenzio*;

» Che in verità, non possono considerarsi regolate dal codice penale del
» 1810, nel significato annesso a questa parola *regolate* dall' articolo 484, le
» materie a riguardo delle quali questo codice non rinchiude che solenni di-
» sposizioni sparse, staccate, e che non formano un sistema completo di
» legislazione;

» E che per questa ragione appunto sussistono ancora, sebbene non rin-
» novate dal codice penale del 1810, tutte le disposizioni delle leggi e re-
» golamenti anteriori a questo codice, relative alla polizia rurale e forestale,
» allo stato civile, alle case da giuoco, alle lotterie non autorizzate dalla
» legge, ed altri oggetti simili non trattati da questo codice che in alcuni
» de' loro rami;

» Ma che la legge del 22 fiorile anno 2 appartiene ad un' altra classe;
» che essa rientra sul suo oggetto sotto la rubrica, *Resistenza, Disobbedien-*
» *za, ed altri oltraggi all' autorità pubblica*, che forma l' epigrafe della se-

» zione 4, cap. 3, titolo 1, del libro 3 del codice penale del 1810; e che
» se essa non si trova in questa sezione, che regola positivamente ed a fondo
» tutta la materia compresa nella sua rubrica, e se essa non vi è rimpiazzata
» da una disposizione corrispondente a ciò che essa avea stabilito, è questa una
» pruova che il Legislatore ha voluto abrogarla, e non fare in avvenire deri-
» vare dal fatto che essa avea caratterizzato e qualificato come delitto, che un'
» azione meramente civile.

» È di parere, che la legge del 22 fiorile anno 2 debba esser considerata
» come abrogata dall' articolo 484 del codice penale del 1810.

» E che il presente parere sia inserito nel Bullettino delle leggi (1).

Tanto basterebbe a convincer l' avversario che il suo settimo mezzo non è mezzo di annullamento. Egli vuol confondere gli effetti della vecchia giurisprudenza colla nuova. Noi avevamo due legislazioni, la romana e la patria, che entrambe erasi in obbligo di osservare; e secondo la costituzione del Regno *Puritatem*, era ai Giudici imposto di giudicare *secundum constitutiones nostras*; *et in defectu earum*, *secundum consuetudines approbatas*; *ac demum secundum jura communia Longobarda videlicet et Romana*, *prout qualitas litigantium exegerit*. La contemporanea esistenza dell' impero di più leggi facea sì che un caso particolare non deciso dalla legge patria si decidesse co' principj del dritto comune, perciocchè questo formava la regola, quello l' eccezione: in somma era un corpo solo di leggi. Ma non può dirsi lo stesso, quando le leggi comuni sono state abrogate, e rimaste non più obbligatorie e decisive nelle materie del nuovo dritto.

Del rimanente, per discendere alla specie, le sostituzioni pupillare, ed esemplare non furono ignote ai legislatori francesi: basta dire che il dotto Consigliere Bigot-Préameneu fece al Consiglio di Stato nella seduta del 14 piovoso dell' anno undecimo una copiosa spiegazione della volgare, della fedecommessaria, della pupillare e della esemplare (2). Ma queste sostituzioni eran conosciute ne' soli paesi detti *di dritto scritto*, che serbavano le leggi romane; i

(1) *Può leggersi questo parere in Sirey vol. 12 par. 2 pag. 143.*

(2) *Process. verb. tom. 2 pag. 333. Conferenze tom. 4 pag. 130 a 132.*

VIII. MEZZO.

La G. Corte ha violato in molti modi l'articolo 945 delle attuali leggi civili col quale la sostituzion pupillare è stata riani-

ANNOTAZIONI.

quali paesi formavano la minor parte della Francia. È noto che nella Francia detta *costumiera* tali sostituzioni non erano in uso: « Questa specie di sostituzione non » ha luogo che ne' paesi di dritto scritto, e non nella Francia costumiera », dice Ferriere della sostituzione pupillare; e lo stesso ripete della quasi pupillare, della esemplare o Giustinianea che facesi a' figliuoli dementi (1).

Bisognava fare una legislazione uniforme a tutta la Francia, e quindi o conveniva queste due sostituzioni di dritto romano adottare, o non adottare, siccome si fece: e tanto potea bastare per dirsi rifiutate, poichè non si tratta che di materia dipendente unicamente dal dritto civile, non già dal dritto naturale, onde possa dirsi, per esempio, che un patto non riprovato è lecito: nelle sostituzioni, o ne' testamenti, tanto è lecito, quanto la legge civile permette ed approva.

Ora la materia de' testamenti, de' legati, e delle sostituzioni è non solo trattata, ma occupa un titolo intero del codice civile e delle nuove leggi.

Dice il Merlin: « La sostituzione pupillare è stata abrogata ne' paesi di dritto » scritto per l'articolo 61 della legge del 17 nevoso dell' anno secondo; ed il » codice civile non l'ha ristabilita. Del rimanente la sostituzione fedecom- » messaria essendo oggi proibita, si sente bene che una sostituzione nulla come » pupillare, non potrebbe più valere come fedecommessaria (2) » — Lo stesso egli dice in quanto alla sostituzione detta esemplare (3).

Questa legge dell' anno secondo, che non fu se non un' anticipata legge successoria, non altro contiene nell' art. 61 che l'abolizione di leggi, statuti, e costumi antichi relativamente alle successioni; ed è uniforme a ciò che il nostro decreto de' 22 ottobre 1808 stabilisce in generale.

(1) *Ved. il nuovo Ferrière dictionnaire artic.* substitution *tom.* 3 *pag.* 340.

(2) *Repert.* substitution directe §. 2 *n.* 16.

(3) *Ivi* §. 4 *n.* 10.

mata ed ampliata, ed il cui beneficio ingiustamente si è negato al marchese D. Nicola Folgori (q).

ANNOTAZIONI.

Ora coll' articolo 896 del codice civile generalmente si vietano tutte le sostituzioni, salvo una eccezione contenuta nell' articolo seguente; e nell' articolo 898 si fa la spiegazione che la sola sostituzione volgare *non sarà riguardata come una sostituzione, e sarà valida.* Ecco proibita ogni altra sostituzione che fosse graduale, come certamente sono e la pupillare e l' esemplare. E ciò è molto più della omissione. Di fatti se si avesser volute queste sostituzioni graduali adottare, quante regole non conveniva aggiungere per la loro direzione? se la pupillare espressa contenesse la tacita volgare, o all' opposto? Tutte queste cose non si sarebbero rimaste in abbandono. E più oltre ci sarà facilissimo di provare che colle nuove leggi è assolutamente inconciliabile la pupillare che si vorrebbe ammessa.

Del resto se anche si trattasse di due legislazioni, amendue in vigore, pure allora solo le leggi posteriori traggonsi alle anteriori, come disse il giureconsulto Paolo (1), *nisi contrariae sint.* Se vi è contrarietà di sistema, le posteriori derogano alle prime (2). Or la sostituzione pupillare, per tutte le ragioni additate nella decisione impugnata, è in piena contraddizione co' principj regolatori delle nuove leggi. Come dunque si osa di sostenerla?

(q) Questa violazione in molti modi non ha avuto il ricorrente la benignità di giustificarla. Egli però additando che l' articolo 945 delle leggi civili abbia rianimato ed ampliato la pupillare, senza dubbio intende avvalersi degli antichi suoi mal riusciti argomenti. Nella decisione impugnata vi ha quanto basta per annientar questo mezzo. Ma formando esso l'Achille della battaglia, noi dobbiamo riassumere tutte le nostre forze per atterrarlo.

Prima di esporre il testo dell' articolo 945 e di dimostrare la impossibilità

---

(1) *L.* 28 *ff. de legib.*

(2) *V. le decisioni della Corte di Cassazione di Francia de'* 24 *aprile e* 20 *ottobre* 1809 *ec.*

IX. MEZZO.

La G. C. nel rigettare la domanda della sostituzion pupillare doveva almeno accogliere la subordinata, regolando la successione

---

ANNOTAZIONI.

di congiungerlo co' principj regolatori della pupillare de' romani, è necessario di premettere una importantissima osservazione.

La commissione dal Re signor nostro incaricata di presentare un progetto di riforma del codice civile francese, ebbe idea di ricomporre il sistema delle sostituzioni pupillari, adattandolo, per quanto era possibile, a' nuovi principj di pubblico reggimento. Il perchè nel capo V del titolo: » delle donazioni fra vivi, » e de' testamenti » la commissione dopo la sesta sezione intitolata « delle sosti- » tuzioni fedecommessarie » ne propose altra in questi termini: « delle sostituzioni che la legge permette farsi da' genitori a' figli fino a certa età' », come leggesi nel progetto de' nuovi codici, che corre per le mani di tutti.

Ma questo lavoro della commissione legislativa, discusso maturamente nel Consiglio di Cancelleria, fu rigettato, poichè veniva a rovesciare i più fermi principj del nuovo diritto. Di fatti, mentre da un lato sarebbesi invertito l'ordine delle legittime successioni, dall'altro avrebbe avuto nuovamente effetto l'assurdo sistema di permettere che i genitori testassero pel figlio; e che non solo su i paterni beni, ma anche su gli avventizj del figlio testassero. Sostenere adunque che l'augusto nostro Legislatore abbia voluto ristabilire nello nuove leggi le sostituzioni pupillari, è lo stesso che contraddire alla storia di ciò che avvenne nella riforma de' codici presso di noi osservati nel corso di un decennio.

Ciò premesso, convien riflettere che l'articolo 945 delle leggi civili è situato in ultimo luogo della sezione che tratta delle sostituzioni fedecommessarie, ed è così concepito: « Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le » zie, i fratelli, e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni 18, nel » caso che questi muoia senza figli pria di compiere gli anni 18, una terza » persona, ma in quei soli beni, ne' quali il minore sia stato lasciato erede ».

del defunto marchesino di Ducenta sul patto di Capuana e Nido, che si era fatto servire di condizione al doppio matrimonio del

---

ANNOTAZIONI.

Or per la ragione che le leggi d'ordinario s'interpetrano secondo il luogo, o il titolo nel quale contengonsi (1), bisogna convenire che il trascritto articolo sia relativo ad una sostituzione fedecommessaria, perciocchè questa è la materia di cui fa parte.

Il ricorrente altra volta oppose che in tale articolo sia rinchiusa una sostituzione diretta tuttochè si vegga allogato nella sezione relativa a' fedecommessi, su la speciosa ragione che oggi l'innesto è divenuto legittimo, e, l'effetto della pupillare essendo quello di far passare i beni al sostituito, poco importi che ciò avvenga mercè una trasformazione che la legge ha fatto della pupillare in fedecommessaria.

Il primo lemma di questa obbiezione potrebbe reggere solo allora che il Legislatore avesse nella sezione intitolata « delle sostituzioni fedecommessarie » classificate anche le dirette: ma dal vedersi che per la sostituzione volgare si è formata una sezione distinta, divien chiaro che l'articolo 945 contiene non la pupillare, ma la fedecommessaria. Altronde coloro che presso di noi prepararono e discussero le leggi civili attuali, conoscevano profondamente il romano dritto; e sapevano che la volgare, e nel digesto e nelle istituzioni, è trattata congiuntamente alla pupillare. Laonde nel creare una sezione per la volgare, avrebbero dovuto, volendola ristabilire, parlare eziandio della pupillare, essendo quello il proprio luogo di ragionarne. Questo silenzio contribuisce a rinforzare il principio che l'articolo 945 è manifestamente rivolto ad autorizzare una fedecommessaria.

Nel dir poi che la pupillare di nuovo conio sia dalla legge trasformata in fedecommessaria, i nostri contraddittori si tradiscono, e, senza volerlo, appalesano tutto l'imbarazzo in cui sono. L'oggetto che essi si proposero fu di provare che nelle leggi novissime stia espressamente la sostituzion pupillare

---

(1) *Leges intelliguntur juxta titulum cui subjiciuntur, Fusari de substit. quaest.* 245, *n.* 4.

Marchese D. Ferdinando padre del defunto pupillo colle due dame sorelle della famiglia di Monteroduni tolte da lui successiva-

---

ANNOTAZIONI.

de' romani. Invocarono all' uopo l' articolo 945; ma scossi dal tenor letterale di esso, inventarono la trasformazion legale della pupillare antica in una fedecommessaria di novella forma, senza avvertire che tutt' i fedecommessi son riprovati. Questo ingegnoso trovato rovina però la causa del sostituito. Se le nuove leggi danno al padre la facoltà, non già di sostituire pupillarmente, ma per fedecommesso, con qual mezzo si vorrebbe snaturare il testamento del marchese di Ducenta, supporgli una volontà che non ebbe, obbligarlo a disporre come non dispose, e forzare i limiti da cui volle espressamente circoscritta la sua volontà? E se la sostituzione dell' art. 945 è fedecommessaria, quella di cui si tratta non fu forse annientata dalle leggi che tutte fulminarono, prima nel 1807, indi nel 1808, e col codice nel 1809 le sostituzioni di questa indole? Oltre che in qualunque aspetto la nostra sostituzione voglia esaminarsi, dovrà esser sempre regolata dalle leggi del 1810, epoca nella quale il testamento del sostituente fu aperto. Ed è strano il pretendere che si applicassero le leggi del 1819, com' è improprio il volere che il testamento di un uomo sia nella sua efficacia governato da parecchie legislazioni, cioè da quella che esiste allor che si apre, e da quelle che sorgeranno quando le disposizioni condizionali od a tempo andranno ad eseguirsi.

Ma sieno pur deboli tutte queste osservazioni. Vi son tre altri argomenti, i quali, mentre potentemente dimostrano che la sostituzione dell' art. 945 è fedecommessaria, escludono la più rimota idea di ogni altro possibile.

1. La sostituzion pupillare, secondo il diritto romano, essendo un effetto della patria potestà, non potevano ordinarla altri che il padre o l'avolo secondo i diversi casi; nè era lecito di sostituire pupillarmente a colui che dopo la morte del sostituente non restasse *princeps familiae.* Da ciò segue che il ridetto articolo delle leggi novissime non può aver mira alle sostituzioni pupillari, poichè la sua disposizione, non negli accidenti, ma nella essenza, diversifica da quella che il diritto romano per tali sostituzioni dettava. Vedesi in fatti che la facoltà di sostituire ad un minore di anni 18 è attribuita non solo

mente in mogli; *e con ciò la G. C. ha violato l' articolo* 2 *delle*

ANNOTAZIONI.

agli ascendenti, ma pure a' collaterali; ed è in oltre permesso di sostituire tanto al minore soggetto al potere paterno, che a colui il quale già fosse *princeps familiae*, o che dopo la morte del sostituente rimanga nella potestà della madre.

2. Il dritto romano, come altrove osservammo, avvolgeva nella sostituzion pupillare tanto i beni paterni che gli avventizj del figlio impubere; ed altresì permetteva che al figliuol diredato potesse il padre nominare un erede. — Ma l'articolo 945, lungi di adottare questi essenziali requisiti della pupillare de' romani, vuole indistintamente che il sostituente si limiti a chiamare una terza persona solo ne' beni su i quali il minore di 18 anni siasi lasciato erede.

3. La sostituzione pupillare fu principalmente escogitata per evitare che la successione testata abortisse: quindi cessava tosto che gl' impuberi eran puberi, cioè a' 14 anni pe' maschi, a' 12 per le donne. Allora essi acquistavano la capacità di testare, di contrar nozze ec.; ed allora svaniva di pieno dritto, se pur non testassero, la sostituzion pupillare. = Or se vero fosse che l' art. 945 sia diretto a ravvivare la pupillare de' romani, non sarebbe esso in contraddizione coll' art. 820, il quale imprime nel minore già pervenuto all' età di 16 anni il dritto pregevolissimo di testare de' proprj beni? La capacità di disporre per testamento, giovi il ripeterlo, mal si unisce colla sostituzion pupillare.

Tutti questi argomenti direttamente provano che la sostituzione permessa nell' art. 945 sia sott' ogni rapporto fedecommessaria, perciocchè i principj da' quali l' articolo stesso è diretto, lungi di potersi congiungere, sono inconciliabili colla pupillare de' romani. Ma noi intendiamo chiudere questo solido ragionamento col mettere sotto gli occhi della Corte Suprema l' inconcepibile assurdo che deriva dal sistema del ricorrente.

Per dritto romano era di principio che nel caso di sostituzion pupillare non potesse giammai darsi apertura alla successione legittima del pupillo, poichè l' erede nominatovi dal padre raccoglieva l' *universum jus* del pupillo col carattere d' immediato di lui successore.

Ma se per ipotesi nell' art. 945 si contenesse una pupillare come D. Nicola Folgori pretende, si darebbe luogo a due successioni nel punto stesso, una

leggi civili che allontana gli effetti retroattivi da tutta la legislazione odierna, ha violato lo stipulato e la giurisprudenza ricevuta (r).

ANNOTAZIONI.

testata, l'altra legittima, poichè, mentre il sostituito prender non potrebbe altro che i beni lasciati al minore dal sostituente, gli eredi legittimi raccoglierebbero tutti gli altri beni particolari del minore medesimo. Quale assurdo!!!... E non di rado questo assurdo crescerebbe a dismisura, poichè si potrebbe dar talvolta il concorso di tre eredi; cioè un sostituito per raccogliere i beni del sostituente; un erede nominato direttamente dal minore pervenuto alla età di 16 anni per conseguire la metà de' suoi beni particolari; e l'erede legittimo per raccogliere l'altra metà di quei beni di cui il minore non può disporre!!! E tutte queste anomalie sarebbero innocenti in grazia del preteso pupillar sostituito.

(r) Questo mezzo è disteso con molta economia. Vi sono su lo stesso proposito due altri ricorsi *ex professo*. Dovendo rispondere a' medesimi, lo faremo in modo da non omettere anche le tre ragioni indicate dal marchese di Ducenta per escludere i congiunti dal materno lato.

IMPORTANTISSIMA OSSERVAZIONE GENERALE.

Il marchese D. Nicola Folgori non si è avvisato di scrivere alcuna doglianza contro quella parte del ragionamento della decisione, che indipendentemente da tutte le altre considerazioni, basta da se sola a far rigettare il ricorso.

Le Gran Corte nell'esame della IV quistione ha dimostrato coll'appoggio de' principj elementari della legislazione romana, che la sostituzione pupillare non poteva sorpassare i limiti dell'anno 14.° pe' maschi, e dell'anno 12.° per le donne; e che la pupillare in controversia erasi estinta tre anni prima che Salvatore Folgori si morisse.

Ad abbattere questo ragionamento nulla si è detto dal ricorrente. Ed in vero, cosa poteva egli dire, se la legge espressa si dichiara garante della decisione?

É dunque certo che noi combattiamo per la distruzione di un ente di già annichilato dal tempo. Se così è, sarebbe mai possibile di ottener l'annullamento di una decisione che se anche, a senso del ricorrente, avesse potuto ragionar male nello sviluppamento di alcune quistioni, ha giudicato benissimo nel dichiarare estinta la sostituzion pupillare di cui si contende?

Notisi a questo proposito, che in vano altra volta si pretese di sostenere che i novelli statuti personali avessero ampliata la pubertà, e, per riverbero, allungata la vita della pupillare ordinata nel 1801. Noi abbiamo dimostrato che col codice del 1810, sotto l'azione del quale cessò di vivere il sostituente, la pupillare era insociabile; e che questa incompatibilità non sia cessata all'apparir delle leggi civili nel 1819. Oltre che le sostituzioni, di qualunque natura esse fossero, non potendo reggere senza la volontà dell'uomo, Ferdinando Folgori nè nel 1801, quando scrisse il suo testamento, nè nel 1810, epoca della di lui morte, potea volere ciò che si pretende permesso dalla legislazione promulgata nove anni dopo. In contrario si darebbe ora il primo esempio di una disposizione, non già animata dalla volontà dell'uomo *ad formam legis*, ma dalla legge senza la volontà. La legge però regola le sole successioni intestate, tanto è lungi che possa far testamenti allorchè non n'esistono!

Ma fingasi che tutte queste osservazioni non fossero di alcun merito. Domandiamo: si può mai annullare una decisione che non *contravvenga espressamente ad alcuna legge?* Se la negativa è di rigore, domandiamo ancora: si può annullare la impugnata decisione della Gran Corte Civile, quando, nello aver dichiarata estinta la sostituzione in contesa, si è strettamente uniformata al §. 8 delle instituzioni *de pupillari*, e non eravi nè nel codice abolito, nè nelle leggi in vigore un articolo che *espressamente* prescrivesse il contrario? Se questa formal disposizione si cerca indarno nelle due legislazioni promulgate dal 1809 fin oggi, a quale articolo vuole il ricorrente che la decisione abbia contravvenuto, onde poter esser messa nel nulla?

Questo argomento è decisivo; e di più esclude potentemente l'altro ingegnoso trovato del fedecommesso condizionale. Fatta astrazione dalla circostanza

ben grave, che trattandosi in tal caso, non più della eredità del pupillo, ma di quella del padre, il fedecommesso sarebbe estinto per vigore della legge de' 15 marzo 1807, e dell' art. 896 del codice abrogato, è da riflettersi che sarebbe esso anche spento per volontà del testatore. *La condizione del fedecommesso era la età pupillare del figlio*: costui è morto dopo i 14 anni: dunque la condizione è mancata; ed in conseguenza il fedecommesso che si pretende rianimare è come se non mai si fosse disposto.

CONFUTAZIONE DE' RICORSI A RISPETTO DEL PATTO DI CAPUANA E NIDO.

Noi da principio credevamo di poter serbare lo stesso sistema praticato per rispondere al ricorso prodotto dal marchese D. Nicola Folgori in quanto alla prediletta sua sostituzion pupillare. Ma ci siamo avveduti che con questo metodo saremmo caduti in frequentissime ripetizioni, le quali ci avrebbero tolto il più distinto pregio di tutte le buone produzioni, la chiarezza *e la* brevità.

Ed in vero, il ricorso intimato a nome di D. Francesco Folgori per sostegno del patto di Capuana e Nido, nutrito con dodici amplissimi mezzi, è così abbondante di ripetizioni delle stesse cose, che non avremmo potuto esimerci da un tal vizio, volendo replicare con annotazioni corrispondenti.

Laonde, per dare un ordine alla materia, ed anche per togliere con maggior successo la maschera ingannevole sotto la quale si celano le dottrine erronee, noi ci serviremo del sistema seguente.

Scriveremo in forma di allegazione la difesa de' nostri clienti, i quali furono ammessi a succedere non ostante il patto di Capuana e Nido contenuto ne' capitoli matrimoniali della loro sorella, premorta al figlio della di cui successione si contende. — Ci studieremo in mezzo al nostro ragionamento di confutare tutt' i mezzi de' quali si è fatto uso ne' tre ricorsi de'

signori Folgori , e soprattutto in quello di D. Francesco. — E quindi trascriveremo i mezzi di annullamento che animano i ricorsi medesimi , indicando in brevissime annotazioni i numeri del ragionamento sotto i quali si leggono le piene risposte ad ogni dottrina de' ricorrenti.

Il metodo praticato si è reso così pieghevole a' nostri desiderj , che noi abbiam potuto senza molta pena incaricarci delle teoriche di ogni genere, che alimentarono davanti a' primi ed a' secondi Giudici le moltissime allegazioni fatte per dar vita durevole all' uso di Capuana e Nido , e precisamente in una dissertazione che con fino artifizio scrisse un dotto avvocato della causa, fingendo di essere un terzo indifferente ed imparziale.

RAGIONAMENTO

SUL PATTO DI CAPUANA E NIDO.

Un giudicato non può annullarsi se non quando siavi espressa violazione al patto.

I. Noi non intendiamo discutere se la violazione del patto sia o no mezzo di annullamento, su di che in Francia si è così ampiamente disputato (1). E solo di passaggio avvertiamo che altro è la violazione espressa del patto, altro lo interpetrarlo: altro il dichiarare la inapplicabilità al caso, al tempo, alle circostanze; altro il dire di esser cessato: altro il non obbligare, nè estendersi a colui che non ha fatto parte del convenuto; altro non giovare nè a chi non fu patteggiatore, nè erede del medesimo; altro a pro di quali persone, e di quali qualità rivestite, fu stipulato; qualità che sien cessate, e negli attori più non concorrano. Il patto è un fatto, non una legge; e la sua intelligenza, estensione, applicabilità, o inapplicabilità è nel demanio e nelle attribuzioni del Giudice ordinario, senza che possa esser costui imputato di violazione espressa ad alcuna legge.

Tutto ciò omesso, ed eguagliando la violazione del patto alla violazione della legge, non posson gli avversarj certamente pretender per la prima più di quello che per la violazione della legge è stabilito. Se dunque non si può annullare un giudicato che nel solo caso di esservi espressa contravven-

---

(1) *Ved. Lavaux, Manuel de cassation, chap. 2, n. 14. Egli dice che la violazione di un atto, titolo, o convenzione, in cui la volontà delle parti sia chiaramente enunciata, dovrebbe esser mezzo di cassazione: che l' antico consiglio decideva pro e contra; ma che la cassazione de' suoi tempi stimava di non poterlo ammettere per mezzo di cassazione, perciocchè i di lei poteri eran dalla legge di sua instituzione limitati solo a conoscere della violazione della legge.*

zione alla legge, molto meno potrà annullarsi quando non siavi espressa contravvenzione al patto.

Di qual patto adunque essi intendon parlare? Non confondano ove nuoce, e distinguano ove giova, patto ed uso abolito, attenendosi ora all'uno ed ora all'altro, e trasformandolo in un Proteo. Non posson essi certamente produrre per mezzo di annullamento la violazione del patto contenuto nell'uso riferito nella decisione 237 di Afflitto, perchè ivi si comprende il tenore dell'abolito uso; ma debbono concentrare i loro mezzi su la pretesa violazione del patto stipulato fra la marchesa D. Marianna Pignatelli, ed il marchese D. Ferdinando Folgori relativamente alla successione de' figli.

L'uso di Capuana e Nido era un uso volontario per chi volesse stipularlo.

II. L'uso di Capuana e Nido era un uso, benchè volontario. Nè si opponga che la legge obbliga anche chi non vuole. Questi principj, rapporto agli usi, ed anche rapporto alle leggi, furono col cambiamento delle Dinastie modificati. I conquistatori lasciarono i soggetti in piena libertà di vivere colle loro leggi o con quelle degli stessi conquistatori; onde veggonsi nelle antiche carte le dichiarazioni: *Jure Romano vivens, jure Longobardico vivens*. Ed in particolare era in arbitrio non solo delle donne napolitane, ma anche delle regnicole di eleggere nelle rispettive nozze o la nuova, o la vecchia maniera di contrarre, sottoponendosi o agli usi de' nobili delle due piazze di Napoli, o a quello de' proceri e magnati del regno, o al dritto romano. Similmente tutto essendo volontario, potea l'uso di Capuana e Nido o adottarsi in termini generici, o dalle parti specificarsi, e modificarsene i patti a piacere.

Elementi dell'uso riferito da Afflitto, e riempito a' tempi del de Bottis.

III. L'uso di Capuana e Nido a' tempi di Afflitto conteneva in prima il patto della riversione delle sole doti della donna, senza che alcuna clausola vi fosse relativa alla successione dei beni stradotali pervenuti al figlio, nè per quelli derivatigli dai congiunti materni.

Conteneva in secondo luogo la rinunzia della madre alla

successione del figlio, ed anche alla falcidia, alla trebellianica ed alla legittima ne' beni del medesimo, o che a costui pervenuti fossero dal padre o da' congiunti paterni, quando anche siffatte prestazioni appartener le potessero per la persona di altri.

Finalmente conteneva delle disposizioni relative all'antefato.

Al tempo di de Bottis e del Salerno si empirono alcune lacune, e la paterna rinunzia si generalizzò a tutti i beni del figlio pervenutigli da' congiunti materni: in sostanza divenne una reciproca rinunzia di ambi i coniugi.

Ciò dimostra che il tutto potea variarsi mercè de' patti.

I patti dunque eran la legge de' contraenti in adottare, o modificare ciò che loro piaceva.

Questa dottrina si trae dalle stesse parole dell'uso di Afflitto: *Dictae dotes veniant et devenire debeant et ipsarum restitutio realiter fiat, et fieri debeat heredibus et successoribus dictae uxoris sive heredibus dotantis.* Che vuol dire questa alternativa, *o eredi della moglie, o del dotante?*

Lo spiegheremo colla testimonianza del celebre Francesco di Andrea, il quale avverte essere stato ciò pienamente discusso nel S. C. nella causa della eredità della marchesa di Macchiagodena; come potea vedersi dalle allegazioni stampate da Altimari a Rovito dopo la decisione 100. « Si dimostrò in » detta causa che le parole di Afflitto nella detta decisione 237, » colle quali alternativamente dice che la dote debba restituirsi » a' successori della donna, ovvero agli eredi del dotante, si » riferiscono alle varie formole che soleano osservarsi da' notari » nella stipulazione de' capitoli *secondo la diversità della con-* » *venzione tra i contraenti*, cioè che da alcuni solea convenirsi » che la dote si restituisse alla donna e suoi successori, da altri » che si restituisse a' dotanti e suoi eredi (1). »

---

(1) *Ved. l'allegazione di Francesco d'Andrea riferita da Carlantonio de Luca dopo la consultazione 61 del Capecelatro.*

Limitata stipulazione dell' uso fra gli sposi Ducenta.

IV. Ciò posto, facciamoci all' esame del convenuto tra i coniugi Ducenta.

Essi si sottomisero all' uso, ma vollero specificarne alcuni patti.

Il primo fu relativo alla restituzione delle doti: essi non si rimisero genericamente alla equivoca ed alternativa formola di Afflitto, che ne ha fatto nascere tante liti, cioè che la restituzione delle doti *fiat heredibus et successoribus dictae uxoris, sive heredibus dotantis*; ma fu chiaramente definito dagli sposi Ducenta, che la restituzione far si dovesse *in difetto de' figli al principe dotante, ed agli eredi del dotante.*

E perchè ciò meglio si comprenda, avvenendo la morte della dotata, o de' di lei figli sotto l' impero della consuetudine, la dote restituir si dovea solo al principe di lei fratello, ed agli eredi di lui, non già agli altri fratelli della dotata, ed agli eredi de' medesimi, alli quali secondo la consuetudine spettati sarebbero gli altri beni stradotali, o quelli pervenuti al figlio da altri congiunti materni.

Si passa ne' capitoli matrimoniali a regolare un secondo caso, che gli avversarj artificiosamente voglion confondere col primo, ed è quello non della restituzione de' beni dotali, ma della successione a tutti gli altri beni del figlio; e si convenne così == » e colla rinuncia dell' una e dell' altra parte alla fu» tura successione de' figli, che morissero *in pupillari aetate*, » ovvero *ab intestato* o *quandocumque* senza figli ».

Si è di sopra notato che questa reciproca rinunzia generale alle successioni de' figli manca nell' uso, che avea vigore a' tempi di Afflitto: in esso si legge la sola rinunzia della madre alla successione del figlio, e non quella del padre, poichè non si parla che di solo obbligo di restituir la dote agli eredi del dotante o della dotata. Nelle età posteriori si ravvisò questa lacuna, ed il patto venne rettificato ed ampliato a' tempi del de Bottis e del Salerno (o prima se si voglia), secondo la for-

mola del nuovo uso che essi riferiscono, contenente la reciproca generale esclusione de' genitori.

Spiegazione delle parole: *« e con altri patti soliti apponersi in detto nuovo uso.*

V. Ora l' essersi da' nostri contraenti soggiunto, « e con » altri patti soliti apponersi in detto nuovo uso » non altera punto la natura ed il tenore de' patti che specificamente convennero. I contraenti dissero di sottoporsi ed adottare gli altri patti dell' uso : ma in rapporto alla restituzion della dote, ed alla successione de' figli vollero avvedutamente spiegarsi in termini positivi ed espressi. La semplice remissione ad altri patti che nella formola di Afflitto, ed in quella del Salerno si leggono, è oltre a que' due espressamente convennti e determinati; e questa clausola generale addita di adottargli se mai ve ne fossero. *Altro*, secondo il dritto romano, denota *diversus*, siccome con più leggi ne istruisce il Brisson (1). E per principj ricevuti, la clausola generale non eppartiene giammai *ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur*, come parlando della clausola del dolo rispose il giureconsulto Giuliano (2): *Stipulationes commodissimum est ita componere, ut quaecumque specialiter comprehendi possint, contineantur: doli autem clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertinent*; e Papiniano (3): *Doli clausula, quae stipulationibus subiicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur.* Onde i dottori ne lasciarono questo insegnamento: *Quando unum capitulum habet propriam et specialem ac separatam determinationem, tunc clausula generalis ad illud non refertur, cap. cum dilecti, ubi Cardinalis, et Imola, Baldus . . . Castro . . . Salicetus, Alexander . . .* (4).

(1) *De verbor. signific.*

(2) *L.* 53 *ff. de verb. oblig.*

(3) *L.* 119 *ff. eod.*

(4) *Gratian. disceptat. forens. cap.* 795 *n.* 21.

Nè i primi, nè i secondi Giudici violarono la lettera del patto.

VI. La lettera del patto che dovrebb' essere a senso de' ricorrenti espressamente violata, altro dunque non contiene che la rinunzia de' due rispettivi sposi alla successione de' figli. Quindi non ha violato espressamente il patto, nè il Tribunal Civile, allor che disse di contener esso soltanto una rinunzia personale della marchesa, non già anche de' congiunti, che potessero venir chiamati dopo la di lei morte alla successione *ex propria persona*; nè la Gran Corte in adottando i motivi de' primi Giudici, ed aggiungendo che dopo il decreto de' 22 ottobre 1808, e le leggi de' 26 marzo e 21 maggio 1819, le quali abolirono le consuetudini generali, e gli usi locali, *invano se ne pretende l' osservanza contra coloro che patteggiatori non furono, nè doveano esserlo.*

Errore de' ricorrenti nel credere che la madre ed il fratello della marchesa avessero anch' essi rinunziato. Il patto non va oltre i soli sposi che lo contrassero.

VII. Gli avversarj amano tormentare la lettera del patto, dicendo che, atteso l'intervento della madre e del fratello della sposa, abbiano anch' essi rinunziato. Ma ne' contratti non si riguarda il nudo intervento, sì bene da chi le rispettive promesse e stipulazioni si facciano. La madre della sposa intervenne per decenza a dare il suo beneplacito alle nozze; il fratello vi figurò per prometter la dote, e stipular la rinunzia della sorella in suo benefizio per le future successioni della famiglia, ond'ella usciva. Poteva anche altri, o congiunto, o amico, intervenire, promettere una gioia, o una quantità. Ognuno in questi casi è tenuto per la propria promessa, e non per quella di altrui. Così il marchese promise l' antefato, e la sopravvivenza alla sposa, e questa promessa non è comune a' dotanti, sol perchè intervenuti, non avendola, nè potendola essi stipulare in proprio vantaggio. Ognuno adunque stipulò e promise la parte sua. E relativamente alla *rinunzia dell'una e dell'altra parte alla futura successione de' figli*, la lettera stessa chiaramente dinota che l'una e l'altra parte sono i rispettivi genitori, alli quali soltanto è relativa la voce *figli*; altrimenti se il patto suddetto fosse stato comune anche a' dotanti, si sarebbe detto *alla successione de' figli e nipoti rispettivamente.*

E ciò si rende chiarissimo dalla formola dell'uso rapportato dal de Bottis e dal Salerno in questi termini : *Secundum morem Capuanae et Nidi mater omnino excluditur a successione filiorum quandocumque morientium ab intestato, et sine liberis in bonis paternis, et quae provenerunt filiis a linea paterna, in quibus succedunt proximiores ex parte patris: et e contra pater excluditur a successione filiorum etiam quandocumque decedentium ab intestato et sine liberis; in bonis maternis vel quae provenerunt a linea materna, in quibus succedunt proximiores ex parte matris.* — Vedasi dunque che qui si parla tassativamente di rinunzia del solo padre e della sola madre, e non di altri. Ed a questo nuovo uso letteralmente i contraenti si riportarono, non a quello di Afflitto; anche perchè essi dissero che intendevano contrarre secondo il *nuovo uso*; e nuovo uso fu detto quest' ultimo, non quello di Afflitto, giacchè costui dichiara : *Nobiles Capuanae et Nidi habent istam consuetudinem* : ed il Salerno ci fa sapere che l'uso che egli trascrisse nella edizione delle consuetudini, era propriamente quello che *vulgo dicitur alla nova maniera*. Onde non abbiam noi a far qnistione intorno alla lettura che si debba seguire in preferenza, se l'antica o la nuova, tostochè i contraenti spiegaronsi con chiarezza dicendo di contrarre alla nuova maniera, e stipulando espressamente la sola loro rinunzia personale a' termini del nuovo uso riferito dal de' Bottis e dal Salerno nel volume delle consuetudini (1), alle quali parole

(1) *Carlo de Rosa in una nota marginale alla consuetudine* Si quis vel si qua *dice che fu molto dubitato nel S. C., se il padre dovesse esser escluso dalla successione de' figli solo per rispetto alle doti materne, al che si limita l'uso di Afflitto, ovvero anche dagli altri beni materni, giacchè in tal modo dettavano le parole formali di quell' uso, e non* pro ut hic cantant: *ma che di ciò non dovea più disputarsi, mentre il S. C. avea deciso che non solo dalle*

quelle adoperate da' patteggiatori esattamente corrispondono.

Se dunque, lungi di esser direttamente offesa, fu da' giudici del merito in tutt' i modi riguardata la lettera del patto, il proposto mezzo di cassazione non ha base che lo sostenga.

Altri argomenti su lo stesso soggetto.

VIII. Ma gli avversarj, ricorrendo all'uso secondo la decisione 237 di Afflitto, alle parole de' contraenti vorrebbero aggiunger quelle che non vi sono, cioè le voci *eredi e successori* della donna, a motivo che esistono nell' uso di Afflitto: *Nullum jus eidem uxori et ejus heredibus et successoribus ex materna linea ratione successionis debeatur.* Ecco una escogitazione tutta originale per dir violato espressamente il patto, dopo averlo nutrito con espressioni che non vi sono, e vi si voglion supplire!

Ma supplendovisi, nè pure i ricorrenti ne avran favore, poichè non vi si legge che i congiunti non debbano aver dritto a succedere essendo i più prossimi, ma solo que' congiunti che abbian la qualità di eredi e successori della donna: la ragione è che gli eredi solo sono tenuti a stare al fatto del defunto, non già i non eredi.

Se anche il patto legasse gli eredi de' contraenti, i Pignatelli non hanno questa qualità, ma vengono per ragion propria alla successione del nipote.

IX. I signori Folgori, prevedendo tutto il merito di questo ragionamento, hanno anche opposto che i Pignatelli, per la intermezza persona del figlio Salvatore Folgori, siano eredi della marchesa di lui madre.

Ma è questa una petizione di principio per escludere l'erede dalla stessa eredità di colui, del quale si vuole che sia erede. I fratelli Pignatelli non altrimenti potrebbero esser rimossi

---

doti, ma anche da' beni materni il padre dovea escludersi; e conchiude così: et sic videdur S. C. habuisse pro claro hanc esse veram litteram dicti usus, sed consiliarius Theodorus allegat. 91 num. 13 dicit veram litteram esse penes Afflictum decis. 237. *Or discuta chi vuole, se l'assertiva di un avvocato sia da paragonarsi all' autorità del S. C.!*

dalla eredità dell'ultimo estinto marchese di Ducenta, se non quando divenuti fossero eredi della rinunziante prima di esserlo in rapporto a colui al quale voglion succedere: allora potrebbe lor dirsi di nuocere la eccezione della qualità ereditaria, di cui sien rivestiti, non che il dovere di stare al fatto del defunto che rappresentano. Se però la qualità ereditaria della rinunziante non l' acquistano che mediante la successione a cui aspirano, come può opporsi che pria di acquistarla ne siano lesi? Ed all'incontro, dopo la eredità acquistata la lite è spenta. Prima non sono della eredità in possesso; e se colla vittoria nel giudizio l' acquistano, è inutile la eccezione dopo del giudicato.

Di fatti la legge romana è accorsa contro di sì frivola difficoltà, dicendo che l'erede non è punto tenuto a quelle obbligazioni, alle quali l'erede immediato che vuol rappresentarsi non era astretto. Se l'ultimo estinto marchese non stava legato alla rinunzia dellá madre rapporto alla sua propria successione, il che era impossibile ed assurdo, non ha potuto sì fatta obbligazione a' di lui eredi trasmettere, nè per lo suo organo e filtro potea passare a' medesimi: *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat*; è una regola fermissima di dritto (1). Quindi è che la risoluzione del proposto dubbio da' romani giureconsulti si trae: *Cum successerit quis in locum eorum, aequum non est nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cujus locum successimus*, così Ulpiano (2). Ed il Gotofredo notò (3): *Successori non nocet quod ejus auctori nocere non potest.*

Ed in vero, se la marchesa promise di non succedere al figlio ne' beni della linea paterna, lo stipulatore di tal rinunzia

(1) *L.* 59 *ff. de regul. jur.*
(2) *L.* 3 §. 2 *ff. de itin. actuque priv.*
(3) *Su la L.* 156 §. 2 *ff. de regul. jur. not.* 37.

fu il marchese, al quale egualmente successe il figlio. Egli dunque avrebbe avuto dritto di esigere dalla madre di non succedere: ma ciò non potea intendersi che di un' altra successione alla quale potea la madre concorrer con lui, non mai della propria successione del figlio. Tosto che dunque egli divenne unico erede non men della madre promettitrice, che del padre stipulatore, il dritto e la obbligazione riunironsi nella sua persona: *Actio et passio in eodem subjecto* sono incompatibili al dire degli scolastici; ed in conseguenza l' obbligazione ed il dritto ad esigerla essendosi in lui concentrati, il dovere nascente dalla rinunzia naturalmente si confuse ed estinse: *quando la qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona* (dice l' articolo 1254 delle nuove leggi), *succede una confusione di dritto che estingue i due crediti*: la qual massima è uniforme a' principj del jus romano (1).

Abbiam ciò voluto notare per togliere a' ricorrenti qualunque sutterfugio. Essi non potranno certamente opporsi alla ragione ed alla legge, non che alle massime uniformemente fra gl' interpetri ed i dottori assentite, per sostenere che la rinunzia della persona più prossima, se costei premuoia pria di aprirsi la successione rifiutata, nuocer possa a coloro che da lei non discendono, ma son collaterali; che non son di lei eredi; che non si presentano nè pure rappresentandola: oltre che la rinunziante non trovasi nè anche di aver vietato agli eredi suoi di succedere, nel caso la successione, per la di lei premorienza, in di lor benefizio si aprisse.

I fratelli Pignatelli adunque avrebbero dovuto essere eredi della marchesa per andar sommessi al suo patto. Ma di lei erede fu il figlio; e per quanto è certo che le obbligazioni contratte dal defunto passano agli eredi, altrettanto è fermo ed indubitato principio di dritto, che quando un tal obbligo non esiste

(1) *L.* 34 §. 8, *L.* 75, *e L.* 91 §. 2 *ff. de solut. et liberat.*

nella persona di colui al quale si succede, egli non lo trasmette al suo successore: e così va intesa quella massima comune che l'erede è tenuto agli stessi obblighi a' quali era astretto quel defunto immediato a cui è succeduto, non a quegli obblighi degli antecessori suoi cui non successe. Oltre che è contraddizione che uno sia tenuto a' doveri del defunto senza essergli erede, o che siavi legato pria di esserlo.

X. E per sublimare questi principj sino all'apice della evidenza, si rifletta essere un accidente che al defunto marchese D. Salvatore siensi trovati superstiti zii dal lato paterno, e materno. Potea darsi che avesse rimasti congiunti nel dodicesimo grado, e pria delle nuove leggi potcano esservi fino al ventesimo, perchè nè il dritto romano, nè le consuetudini ammettevano limitazioni di gradi nella parentela.

Non vi ha esempio nella giurisprudenza del vecchio Foro, che, morto il patteggiatore dell' uso, i congiunti più prossimi siano stati esclusi per vigor dell' uso, che non era il loro fatto.

Ora non solo in Napoli, ma nel regno ancora sono avvenute nel corso di più secoli tante successioni di remotissimi congiunti; e non solo in Napoli, ma anche nel regno vi era il costume e la vanità fra molte persone civili di contrarre le nozze secondo gli usi de' grandi, e de' nobili più conspicui della capitale. È forse mai sorta disputa, con cui congiunti più remoti di una linea o nei beni fuori del distretto, o in quelli del regno, abbian preteso di escludere i più prossimi di un' altra linea, sol perchè un' atava e remotissima ascendente di un defunto avesse contratto matrimonio secondo l'uso di Capuana e Nido? Vi sarebbe stata nella infinita serie di tali avvenimenti qualche decisione di tribunale. Ma se ne citi pur una.

Non se ne rinviene altra che una sola per la causa della successione del marchese di Lauro e D. Ascanio Pignatelli, contro al marchese di Monteforte, ove i fratelli uterini del defunto concorrer volevano co' zii paterni del medesimo; ma essendo tuttavia vivente la loro madre, la quale secondo l' uso di Capuana e Nido avea rinunziato, il Sacro Consiglio escluse gli uterini. Nondimeno, tuttochè le sentenze a quel tempo non si

ragionassero, il motivo impellente fu che i fratelli uterini erano esclusi dalla madre come congiunti unilaterali al defunto, a termini della novella 118, e la madre avea rinunziato i suoi diritti a pro de' congiunti consuetudinarj della linea paterna del defunto medesimo.

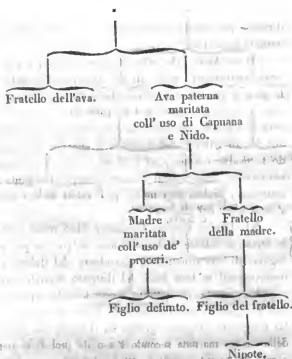
Il de Anna, che affastellò tante ragioni a pro de' zii paterni rinunziatarj, nelle ultime allegazioni, quando allo strigner le cose si va incontro a ciò che i Giudici sentono sull'affare, ebbe a convenire che, se la madre fosse premorta, gli uterini avrebbon potuto succedere ne' beni fuori del distretto, ed escluder gli zii paterni del defunto: il che non era possibile quando la madre esisteva, ed i di lei diritti di successione da' rinunziatarj, come eredi consuetudinarj del defunto, si rappresentavano, avendo ella in lor pro estesa la sua rinunzia anche a' beni fuori del distretto (1).

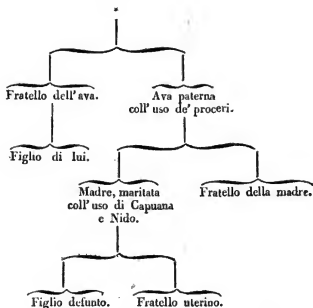
Inconvenienti grandissimi che sarebbero derivati dal sistema opposto.

XI. Che se l'uso di Capuana e Nido avesse potuto produrre lo strano accidente della esclusione de' parenti più prossimi per cagione di una rimotissima ascendente del defunto, ecco quali inconvenienti ne' beni fuori del distretto derivati sarebbero.

Fingasi che un defunto avesse lasciato superstite il fratello dell'ava paterna maritata secondo l' uso di Capuana e Nido, a lui congiunto in quarto grado, ed il nipote *ex filio* del fratello della madre maritata secondo l' uso de' proceri e magnati, congiunto nel quinto grado; costui, benchè più rimoto, avrebbe escluso il più prossimo, non ostante che l'attacco di parentela per entrambi derivasse da mezzo femminile.

(1) *De Anna*, *Consil.* 92 *n.* 34, 36, 39, 42, 43 *e* 44.

ESEMPIO

Fingasi un secondo caso, che l'ava paterna maritata si fosse coll' uso de' proceri e magnati, e la madre del defunto all' opposto secondo l' uso di Capuana e Nido; e concorressero alla successione da una parte il zio materno, e dall' altra il figlio del fratello dell'ava: quantunque costui fosse congiunto nel quinto grado, avrebbe escluso il zio materno del defunto, congiunto in terzo grado.

ESEMPIO

Simili stranezze non si sono mai udite nel Foro; e tutti questi casi da un sol principio dipenderebbero, se fosse vero che la rinunzia della madre producesse la esclusione di tutti i di lei congiunti non rinuncianti.

Risposta all' argomento tratto dalla qualità della rinunzia contenuta nel patto.

XII. Per accreditare queste anomalie si fa abuso di termini.

Si dice in prima che la rinunzia secondo l'uso di Capuana e Nido sia reale ed estintiva, e la madre rinunziante si considera come morta. La rinunzia ovvero patto rinunziativo, come disse Napodano, è di due maniere: o il rinunziante trasferisce i suoi dritti a succedere; o si toglie di mezzo dall' or-

dine de' successori (1). Nel primo caso si appellava rinunzia *translativa* , *estintiva* nel secondo: e parimente si chiamava *personale* la prima , *reale* la seconda; ma personale non si diceva rapporto alla persona del rinunziante, sì bene de' rinunziatarj contemplati nella rinunzia. Niuno ha mai immaginato che la rinunzia , che faccia un figlio o un fratello, s'intenda anche fatta da tutti gli altri figli e fratelli : la rinunzia si presume sempre fatta *favore personarum* alle quali si trasferisce il dritto rinunziato. Si dice *reale*, quella che è diretta non a determinate persone , ma in generale a quei successori alli quali i beni sarebbero pervenuti , come se il rinunziante non fosse più fra vivi; ed è allora che egli *habetur tanquam mortuus*. Odasi il cardinal de Luca , il quale dopo avere spiegato la diversità della rinunzia estintiva e translativa , dice : *Haec distinctio sub diversis vocabulis explicari solet*, *quia nempe extinctiva* realis *quoque dicatur* , *quasi quod non unius personae intuitu ea facta sit*, *sed negative se habendo ad ipsa bona. Translativa vero explicatur cum vocabulo* personalis ; *utpote ad favorem certae personae factae* (2) ; e tale è anche la intelligenza della L. 7 *ff. de pactis*, circa il patto personale *de non petendo*; *ne a Lucio Titio petam*. Ecco ciò che si dice da Napodano e da tutt' i consuetudinisti : i ricorrenti di testa loro vi aggiungono , che non solo il rinunziante, di cui i dottori parlano, ma anche tutt' i di lui congiunti non rinunzianti *habentur pro mortuis*. L' istesso de Luca nel definire la rinunzia estintiva dice: *Extinctiva etenim ea est* , *quae renunciantis personam de medio tollat*, *mortuamque efficiat*, *seu*

(1) *Napodano sulla consuetudine* Si quis vel si qua *n.* 194 e 195. Pactione autem excluditur pater de medio dupliciter , scilicet per formam renunciationis, *vel per formam alienationis*, faciendo se alienum a jure sibi competente, vel in alium transferendo.

(2) *In summ. de renunciationibus* , §. 2 *num.* 11.

pro tali haberi faciat, *perinde ac si in rerum natura nunquam extiterit*, *vel extet* (1).

Confutazione dell' argomento eretto sul dettato « *Infecta primitiva*, *inficitur quoque derivativa*.

XIII. Ad accreditare sì bella invenzione della morte universale, vanamente si ricorre al dettato *infecta primitiva*, *inficitur derivativa*; nè le dottrine rapportate dall'autore della dissertazione alle pag. 124 e 135 possono essere applicabili al caso. In quelle dottrine si dice che, se una madre è esclusa dalla successione non per propria rinunzia, ma per legge o statuto, come avveniva per la nostra constituzione *in aliquibus*, i figli di costei sono egualmente esclusi dal succedere all'avo giacchè vengono da radice infetta; cioè se la madre è esclusa dal succedere per legge, molto più debbon esserlo i figli di lei più remoti. Ma ciò non può adattarsi a colei che è abile per legge a succedere, e se ne rimuove per sua volontà rinunziando, perciocchè non si dice inabile chi può succedere, ma non vuole, e la eredità rifiuta. È regola di legge, *quod quis*, *si velit*, *habere non potest*, *id repudiari non potest* (2). Chi non può succedere, non può neppur rinunziare, perchè non si rinunzia quel che non si può avere. Dunque il rinunziante non è nè inabile, nè infetto.

Quindi è che, vivente il rinunziante, i suoi figli non possono succedere, a motivo che la successione si apre a favor del genitore, ed i di lui diritti rinvengonsi trasferiti in altri. Ma se accade che il rinunziante sen muoia e cessa il suo dritto, i figli di questo rinunziante succedono, se anche sieno di lui eredi. Ed ecco perchè il Maranta inventò la nota cautela ricevuta non solo dal Sacro Consiglio, ma per tutta Europa: nella quistione X egli riprova il Napodano, il quale aveva asserito che il figlio, qualora fosse erede della madre rinunziante, non potesse succedere; e dimostra che questo autore avea ragionato a caso, e

(1) *Ivi num.* 10.
(2) *L.* 174 §. 1 *ff. de regul. jur.*

contra le leggi, le quali dicono espressamente che la rinunzia ha con se la condizione *si hereditas renuncianti deferatur*. Ciò non va a talento degli avversarj fino ad opporsi ad una teorica comunemente osservata.

Ma quando poi si tratti di congiunti non eredi del rinunziante, nè Napodano, nè la formola di Afflitto, nè niuno ha sognato dire che sien essi obbligati al patto di colui del quale non sono eredi.

Esame della quistione se il patto di Capuana e Nido sia successorio — Dimostrazione che i patti successorj erano proibiti nel regno.

XIV. Gli avversarj per schernire tali teoremi ricorrono ad un altro trovato, dicendo che la rinunzia secondo l' uso di Capuana e Nido contiene anche un patto successorio. Egli è vero che siffatta rinunzia ha l' oggetto di trasferire i dritti rinunziati in pro de' *successori consuetudinarj*, estendendo la successione consuetudinaria anche ai beni fuori distretto; e ciò i nostri dottori appellaron patto annesso alla rinunzia. Ed alcuni sostennero che un tal patto contenesse una vera sostituzione fedecommessaria, come può vedersi dal reggente de Ponte nel consiglio 61, e dal Capecelatro nella consultazione 61, giacchè i veri patti successorj nel nostro Regno ed in tutta Italia eran riprovati, tranne le sole rinunzie.

Son poi tutt' affatto inadattabili alcune testimonianze di scrittori alemanni che dall' autore della dissertazione si citano, alla pag. 32, perciocchè ivi il dritto romano non era ricevuto come legge, ma come ragione scritta. Potremmo noi allegare per l' Italia il trattato del Torre *de pactis futurae successionis*, e poi tutti i dottori del regno in pruova che tai patti son dal dritto romano vietati, tanto è lungi che gli accolga. Di fatti, come conciliare la opposta sentenza colla massima che le eredità, non per patto, ma solo per testamento si deferiscono? La legge ultima del codice al titolo *de pactis*, non distrugge queste teoriche, ma contiene un caso particolare. Ad esser brevi, ci contenteremo solamente di riferire l' autorità di Francesco d'Andrea: « *L' eredità non può deferirsi per*

patto: Se (egli soggiunge) *è vero, come non può difficoltarsi esser verissimo, che la successione non può darsi* nisi in universum jus defuncti, *e che la successione non si deferisca* per pactum (1) ».

Chi ami di vedere le testimonianze de' dottori non men civili che canonici, e del regno, potrà consultare il capo 3 del tomo secondo della giurisprudenza forense del nostro Sorge, il quale afferma che ciò *adeo firmum est, et jure receptum, ut penitus restrictionem nullam, aut exceptionem admittat* (2). Oltre a ciò possono riscontrarsi Marciano, cons. 35 vol. 2, De Marinis, resol. 162 del lib. 2, e le osservazioni del de Luca.

Il patto di Capuana e Nido trasferisce un dritto da rappresentarsi sol quando il rinunziante si trovasse in vita.

XV. Ma il patto secondo l'uso di Capuana e Nido, che altro non contiene se non la designazione de' successori consuetudinarj a rappresentare il dritto rinunciato, è soggetto alla natura generale di tutti i patti, quindi esso non nuoce se non al paciscente ed a' suoi eredi, non già a chi non viene a succedere colla qualità ereditaria della rinunziante, ma per solo dritto di prossimità.

In fatti questo patto non avea solo per oggetto la successione degli eredi consuetudinarj ne' beni paterni del defunto, ma riguardava anche quelli del figlio, de'quali il padre non potea disporre: chiaro è adunque che tutto alla rinunzia si riattacca, ed a' diritti del rinunziante, che venivan rappresentati sol quando al medesimo, essendo in vita, la eredità si deferisse.

---

(1) *Andrea in detta allegazione riferita da Carlantonio de Luca nel numero 7.*

(2) *È noto che la costituzione greca di Leone non è stata presso di noi ricevuta, come niuna delle sue novelle. Ma questa stessa costituzione smentisce che il dritto di Giustiniano gli approvava, poichè Leone abroga espressamente il dritto giustinianeo che li riprovava. E il cap.* quamvis *di Bonifazio VIII,* de pactis in sexto, *molto più lo conferma, perchè approva i soli patti rinunziativi giurati, benchè il dritto civile gli riprovasse.*

XVI. Il difensore di D. Francesco Folgori, prevedendo una tale difficoltà, si è industriato di smembrare il patto, asserendo di aver luogo ne' soli beni paterni del defunto, e non ne' beni proprj. Ma ciò è tutto di sua invenzione. Se le consuetudini non si fossero abolite, la madre rinunziante, non solo non avrebbe potuto succedere al figlio nei beni a lui pervenutigli dal padre, ma nè pure in quelli di pervenienza da' congiunti paterni, e finalmente in quelli di proprio acquisto del suo figliuolo, percioechè tutti come beni di linea paterna si reputavano, alla quale l'individuo qual figlio apparteneva: e l'uso di Capuana e Nido non fu inventato che per integrare la consuetudine *Si quis vel si qua*, la quale prescrive che i congiunti *ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti*, *praeterquam in bonis quae obvenerunt eidem defuncto a matre vel aliquo ex linea materna*, *in quibus proximiores ex parte matris succedunt.* Nè si è inteso ancora che la madre, toltasi di mezzo dalla successione del figlio, sia stata esclusa solo da' beni a costui pervenuti dal padre: la esclusione ha sempre avuto luogo per tutti i beni del figlio, antichi o nuovi, *praeterquam in bonis quae obvenerunt eidem ab aliquo ex linea materna*: tanto egli è vero che l' uso è pedissequo ed accessorio alla consuetudine, affinchè questa avesse luogo integralmente e ne' beni entro il distretto, e fuori.

È fantastico l'assunto che la rinunzia contenuta in tal patto si limiti a' soli beni del rinunziante senza colpire quelli del figlio.

XVII. L'estensore del ricorso per D. Francesco Folgori, imitando in ciò l'autore della dissertazione, e gli altri partigiani del magico patto di Capuana e Nido, si volge ad un nuovo mezzo, tendente a confondere la restituzione della dote colla successione, dicendo che l'una e l'altra contengano un patto riversivo. Ma non vi è cosa più impropria di questa, poichè la riversione ha luogo ne' soli beni dotali per dritto di ritorno, quando è convenuto a favor de' dotanti, siccome di sopra si è avvertito; non già ove non può verificarsi il dritto di *restituzione*, ma quello di *successione*. Il dritto di riversione o restituzione

Nel patto è un errore il dire che vi fosse un dritto di riversione, ossia un patto riversivo per la successione: il patto riversivo vi si legge per la sola dote; nel di più si tratta di successione.

è inconcepibile nella successione, e non può farsi valere che o nelle donazioni, o nelle dotazioni. Un donante può stipulare che i beni donati ritornino a lui, o a' suoi eredi nell' avvenimento di una condizione; e il dotante potea pattuire che in morte della dotata senza figliuoli, o se questi morissero senza figli, la dote facesse ritorno a lui che avea dotato. Ciò avveniva perchè gli eredi del donante o dotante eran diversi dagli eredi del donatario, o della dotata, essendo negli uni il dritto di ricuperare, negli altri l' obbligo di restituire.

Se un padre, nel dotar la figlia la quale per legge non gli era erede standovi i maschi, conveniva la restituzione della dote, gli eredi del marito della dotata (o di lei, se la dote, sciolto il matrimonio, l' era stata restituita), dovean restituirla al padre, ed in sua mancanza ai di lui eredi. Quindi è che, se il padre con testamento istituito avesse erede il primogenito, la dote pel patto dovea restituirsi solo a costui come erede, e non ai figli cadetti del dotante: ciò si è infinite volte verificato, come ne fa testimonianza lo stesso caso nostro, ove il solo principe di Monteroduni, come erede universale del padre, dotò la sorella, e patteggiò la restituzion della dote in solo suo beneficio, non già de' fratelli.

Ma fingasi che il padre in morendo non lasciava figli maschi, ed instituiva erede l'unica figlia che aveva l'obbligo di restituire: in tal caso il patto svaniva, perchè non vi eran più eredi diversi del dotante e della dotata, quelli avendo dritto a ripetere per patto, questi obbligo di restituire, operandosi all' uopo una confusione ed una estinzione de' rispettivi dritti ed obbligazioni.

Lo stesso avviene nel caso di una donazione, sia il donante padre, congiunto, o anche un estraneo, per li medesimi principj.

Ma tutto ciò non può aver luogo nelle *successioni*: nel caso presente il defunto marchese D. Salvatore, essendo l'unico

successore del padre, non aveva alcun obbligo di restituire la eredità da lui pervenutagli agli eredi del padre medesimo, perciocchè egli solo fu l'erede, nè altri vi erano che potessero rappresentare il dritto di riversione come eredi. Onde manifestamente si scorge la improprietà del dritto di riversione o restituzione, applicato alle successioni; dritto che è tanto avverso alle medesime, quanto connaturale alle donazioni ed alle dotazioni. Altrimenti avrebbero a farsi delle supposizioni tutte gratuite ed aeree, che il marchese D. Ferdinando colla sola reciproca rinunzia alle rispettive successioni avesse donato i suoi beni a' figliuoli nascituri, coll' obbligo di restituirgli ai suoi fratelli morendo senza figli *ab intestato*; il che non costituisce che una sostituzione, la quale colla legge del 1807 sarebbe rimasta abolita, siccome a suo luogo più opportunamente diremo.

È per tutto ciò che nella formola di Afflitto si parla di restituzione solo per la dote; e trattandosi della successione, non si usa il vocabolo *restituzione*, ma solo si dichiara che nè la madre, nè gli eredi di lei possano *succedere*; val dire che è ben specificata la diversità dell'un caso dall'altro; e del dritto di *riversione* da quello di *successione*.

Improprietà delle voci *alleanza* e *patti europei* usate per sottrarre il patto di Capuana e Nido dalle regole del dritto civile — Errore logico nel dire che la causa immediata della parentela de' Pignatelli col defunto sia il patto di Capuana e Nido.

XVIII. Non abbiamo poi a trattenerci su di un altro specioso argomento, che si amplifica con nomi vani ed ampollosi di *alleanze*, di *patti europei*, ed altro, quasi non si trattasse di patti privati che soggiacciono alle regole del dritto civile, ma di trattati fra Potenze, i quali si regolano col dritto delle genti. E molto meno abbiamo ad intrattenerci sopra un sistema conosciuto da' dialettici sotto il nome di *non causa pro causa*, che l'avvocato *Sorrentino* ha voluto appellare *causa sine qua non*, cioè che i fratelli Pignatelli non sarebber parenti del defunto senza il patto di Capuana e Nido, come se fosse stato in balìa di D.ª Marianna di rendere o non rendere i di lei fratelli zii al defunto. Il diritto di parentela è un dritto naturale,

che non dipende dall' arbitrio altrui di cancellarlo (1) ; ed a questo *jus* naturale la legge , non l' uomo , ha attaccato il dritto di successione , il quale non può togliersi a' congiunti senza il loro fatto , e senza una di loro espressa rinunzia. L' argomento conchiude così bene , quanto questo , cioè che *la scure del legnaiuolo*, *e la bilancia del venditore sien la causa prossima* sine qua non *della vita dell' uomo* , a motivo che l'uomo ha bisogno del pane per vivere e delle legna per riscaldarsi; e quasi le legna non possano aversi senza la scure , nè il pane senza 'pesarsi*!* Lo stesso sarebbe il dire che il mezzano del matrimonio sia la causa *sine qua non* della parentela!! Queste , lungi di esser cause principali, le quali differiscono , come ognun sa , dalle cause *istrumentali*, non son cause affatto , sì bene *accidenti* (2). Il matrimonio potea contrarsi e coll' uso di Capuana e Nido e coll' uso de' proceri , ed anche senza capitoli matrimoniali , e senza l' opera del mezzano. La causa prossima *sine qua non* della parentela , è la nascita di un uomo : la causa *sine qua non* della nascita del figlio legittimo , è la consumazione del matrimonio. Ma è un mero accidente , e non una causa l'essersi il matrimonio contratto con alcuni o con altri patti , e con mezzani o senza , perciocchè comunque contratto , la parentela sarebbe egualmente avvenuta.

Difesa della decisione impugnata nel l' aver detto che l' uso di Capuana e Nido ,

XIX. Dalle cose fin qui espresse è chiaro che a torto si vuol rimproverare alla Gran Corte Civile di aver espressamente contravvenuto al patto, per non averlo esteso a' non nominati in

---

(1) Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, *L.* 8 *ff. de regul. jur.* — Jus adgnationis non posse pacto repudiari , non magis , quam ut quis dicat , *nolle suum esse* , Juliani sententia est. *L.* 34 *ff. de pactis.*

(2) Ens per accidens non habet causam, *S. Tommaso.* Summa II. 2 , quaest. 95, art. 5. Hoc dicimus accidens , quod potest et adesse et abesse alicui praeter subjecti corruptionem. *Lo stesso* , *ivi* , part. 3, quaest. 2 , art. 6. Effectus non trahit necessitatem a causa prima, sed a causa proxima. *Lo stesso* , de praedestinat. , cap. 4.

esso, ed a que' congiunti non patteggiatori che vengono a succedere per proprio dritto, e non come eredi, nè come rappresentanti della rinunziante. Ma molto meno può chiedersi annullamento per quella parte della decisione, ove sul supposto che il contratto secondo l'uso di Capuana e Nido toglier potesse i dritti di successione per prossimità a tutti i congiunti della linea materna, si avvertì che ciò poteva aver luogo « allorchè » reggevano le consuetudini e l' uso di Capuana e Nido, nel » quale la successione consuetudinaria per linee e con distinzio- » ne di beni determinavasi. Ma dopo il decreto de' 22 ottobre » 1808, e le leggi de' 26 marzo e 21 maggio 1819, che » abolirono le consuetudini generali e gli usi locali, l' ap- » poggio e la causa efficiente e finale del patto son cessati: » quindi in vano se ne pretende l' osservanza, specialmente con- » tra coloro che patteggiatori non furono; nè doveano es- » serlo.

trovandosi abolito, non possono reclamarne l' osservanza i Folgori che non furono patteggiatori, nè esser poteanto.

Si pretende in fatti con manifesta contraddizione che l'uso di Capuana e Nido sia e non sia stato abolito dalle nuove leggi, sia e non sia compreso in quel decreto ed in quelle leggi, perchè si è forzato a convenire che da allora in poi non è più lecito di adottarlo.

XX. Si assume che cosiffatto uso non fu abolito, perciocchè essendo volontario, si adottava con patti, onde era patto e non uso, come anche molti dottori lo denominavano, benchè l'autore della dissertazione alle pag. 83 ed 84 convenga che altri ed assai più di quegli ch' ei cita, lo dicano uso e non patto (1); val dire che si produce per mezzo di annullamento una opinione de' dottori anche a senso degli avversarj controversa. Ma il Sacro Consiglio a ruote giunte definì che pe' nobili di Capuana e Nido trattavasi di vero uso: *Licet respectu nobilium*

Dimostrazione che caduto l' uso, è svanito anche il patto. Debolezza dell' argomento di esser l' uso adottato per patto. Il patto è pedissequo e famulativo dell' uso; e cadde re integra, in vita de' patteggiatori.

(1) *Fabio d' Anna*, *Agnello d' Amato*, *Scipione Teodoro*, *Camillo la Ratta*, *il Merlino ed altri.*

hujus civitatis mos ille vera sit consuetudo, *et aliter considerandus*; *attamen respectu caeterorum*, *qui illi se submiserunt*, *debet considerari tanquam pactum* (1). Ma a tutto ciò si risponde che la legge non distingue fra uso volontario, o di adozione, ed uso necessario; oltrechè altro è il patto semplice, altro il patto rimessivo e subordinato all' uso, ed accessorio di quello che, secondo le regole della legge, deve, come patto aggiunto, cadere col suo principale.

L' uso di Capuana e Nido uso e *nuovo uso*, e *nuova maniera* fu detto comunemente da tutti i glosatori delle consuetudini, da' nostri istorici, e da' nostri forensi. Ed *uso* lo denominarono i nostri patteggiatori, dicendo di voler contrarre le loro nozze *secondo l' uso e costume delle nobili piazze di Capuana e Nido*, *comunemente detto alla nuova maniera*, *ed a quello anche per patto speciale si sottomettono*. Ed in altro luogo: *Al quale suddetto uso esse signore parti si suggettano anche* in vim pacti.

Il patto adunque altro non fu che l' adozione e la sottomissione all' uso, ed una scelta fra 'l dritto romano, a cui i genitori per sentenza di Napodano eran sommessi, ed il dritto consuetudinario della città principale del regno, che potevano essi adottare; non già un patto isolato ed indipendente, ma un patto subordinato, accessorio, pedissequo, o famulativo, che voglia dirsi, soggettandosi alla sorte dell' uso. I contraenti vollero stipular l' uso della nobiltà de' due sedili di Napoli, e regolare per l' avvenire i loro diritti di successione (tanto per quelle future successioni che scadute sarebbero pe' beni entro, che fuori del distretto) non già col dritto romano, ma col dritto consuetudinario. Potean dire al contrario e dichiarare di non voler vivere col dritto consuetudinario, *addita parentum*

(1) *Tal decisone de'* 2 *maggio* 1638, *è riferita da Merlino controv.*, *lib.* 2 *cap.* 49 *n.* 1 *e* 19.

exclusione, ma col dritto romano secondo l' uso de' proceri.

Or non sarebbe lepidissima cosa il dire che, avendo due contraenti di paese consuetudinario dichiarato di non voler vivere col dritto statutario del proprio paese, ma col dritto comune romano, essendo già questo abrogato, voglian essi continuar a seguirlo, per la ragione che così convennero? e di più, che nelle successioni le quali si aprono sotto le leggi nuove, debban essi succedere secondo le abolite leggi romane a motivo che, usando dell' arbitrio che allora aveasi, le prescelsero in preferenza delle consuetudini, di modo che il dritto prescelto debba durare in vita, a dispetto dell' ultimo che sta in vigore?

L' abolizione delle consuetudini e degli usi generali e locali avvenne *re integra*, quando eran tuttavia fra vivi entrambi i coniugi contraenti: per lo che nell' abrogarsi dalla legge i due dritti, ond'essi viver potevano, nacque di necessità fra loro una tacita natural dichiarazione, sommessiva alla legge nuova; cioè che da allora in avanti, e per le future successioni che verrebbono ad aprirsi, non più viverebbero col dritto delle consuetudini, da essi già prima eletto, ed esteso anche fuori del distretto, rifiutando il dritto romano, giacchè per gli ultimi avvenimenti, nè i loro pari, nè ogni altro era più in arbitrio di vivere con tal dritto. Quando la successione consuetudinaria per linee era vietata per tutti, è naturale il presumere che gli sposi Ducenta intendessero assoggettarsi alla legge comune a tutt'i loro concittadini. La legge sopraggiunta in vita di quei coniugi rendette eguale la loro condizione senza far torto ad alcuno.

Questi sono gli effetti naturali del patto, tosto che il patto da se non esiste, ma si è voluto subordinare ad un contratto, o ad un uso: esso dee correr la stessa fortuna del contratto e dell' uso cui si volle far servire, e fu unicamente rivolto. L' accessorio segue la sorte del principale (1) cui si è *sottomes-*

(1) *Cap.* accessorium de regulis juris in sexto.

so, cui si è *soggettato* (1). Son regole di legge: *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* (2). *Quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint* (3). Ed è molto al caso applicabile ciò che bellamente disse Ulpiano (4): *Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur.*

Anche volendosi riguardare il patto come indipendente dall'uso, non può valere contra i congiunti non patteggiatori dopo l'abolizione dell'uso — Inefficacia de' patti contro de' terzi.

XXI. Ma sia patto indipendente quello di cui si mena sì chiassoso rumore; domandiamo in grazia: per qual magica arte in un patto così concepito, *colla rinunzia dell'una e dell'altra parte alla successione de' figli*, sotto il nome di madre che rinunzia alla successione de' suoi figliuoli, s'intendono compresi i fratelli, le sorelle, i cugini, i più rimoti congiunti di lei? e sotto il nome di figli s' intendono i nipoti *ex sorore*, i cugini, i fratelli terzi, i parenti di qualsivoglia grado?

Non è il patto che può comprender tutto ciò, ma l'uso. Le parole del patto contengono la sola rimozione de' genitori, non già una disposizione, o un patto d'inclusione: questa inclusione sta unicamente nell'uso alla nuova meniera redatto dal de Bottis e dal Salerno, ove dicesi che i beni, da' quali la madre si esclude, son destinati a' prossimiori consuetudinarj: *in quibus succedunt proximiores ex parte patris* (5).

---

(1) *Queste sono le espressioni de' nostri contraenti in adottar l' uso.*

(2) *L.* 129 §. 1, e *L.* 178 ff. de regul. jur.

(3) *L.* 2 ff. de peculio legato.

(4) *L.* 69. ff. de verb. obl.

(5) Haec consuetudo nedum habet caput exclusivum matris, sed habet caput inclusivum, quia vocat proximiores ex parte patris, ut tradit Ant. de Alexandro. *Così il de Anna consil.* 118 *n.* 20; *il quale de Anna, per giustificare essere ciò virtù dell' uso e non del patto, è un di coloro, che sostengono dover l'uso, specialmente fra nobili, valere come uso, e non come patto.*

I patti hanno le loro leggi, i loro confini, la loro circoscrizione, regolata dal dritto privato: ed il dritto civile ha stabilito in un modo universale ed uniforme a tutti i patti il principio, che nelle stipulazioni non si posson supplire altre persone oltre quelle de'contraenti. Non vi ha legge, la quale ai patti privati desse tale straordinaria possanza di obbligare altre persone fuori di quelle che han convenuto. Ognuno può disporre del suo dritto, non di quello degli altri (1). Ripetiamolo: è un accidente che alla successione concorrano i fratelli della rinunziante; ma l'efficacia de' patti è una ed uniforme. Potevano concorrervi figlinoli di sorelle, cugini, figliuoli di zii o di zie della rinunziante, ed individui non appartenenti affatto alla famiglia Pignatelli, ed a' quali nè pure far si potrebbe l'opposizione, benchè frivola, di essere eredi della madre della sposa che per decenza intervenne a consentire alle nozze della figliuola. Anzi potrebber concorrere e coloro che sono eredi della madre della sposa, e quelli che non lo sono, se colei fosse morta con testamento; ed in tal caso l'unico ed identico patto escluderebbe e non escluderebbe i congiunti in pari grado del materno lato.

Ecco perchè notò benissimo la Gran Corte (solo per via di concessione per altro), che l'effetto di escludere i conginnti non rinunzianti non dipendeva dalla virtù de' patti, ma da quella dell'uso; virtù che l'uso avea già perduta sulle successioni che si aprono dopo la sua abolizione: « I contraenti, adottando

(1) Ante omnia animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona in alia re, aliave persona noceat, *L.* 27 §. 4 *in fin.* ff. de pactis — Res inter alios acta cuiquam nec nocere, nec prodesse potest — Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere saepe constitutum est, L. 1 cod. inter alios acta vel judicata aliis non nocere. *Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano nè giovano a' terzi, fuorchè nel caso preveduto nell' articolo* 1075. *Articolo* 1118 *leggi civili.*

» l' uso di Capuana e Nido, adottavano anche la consuetudine,
» cui l' uso era famulativo: e quindi abolita la consuetudine,
» e l' uso come uso, e caduto anche il patto, il quale non più
» sostenuto dall'uso, ha perduto ogni vigore, specialmente
» rapporto a' congiunti de' contraenti, chiamati ora a succedere
» per proprio dritto non come eredi, nè come rappresentanti
» alcuno de' patteggiatori ».

La rinunzia dunque de' coniugi Ducenta alla successione de' loro figliuoli, nel modo come è scritta, non comprende tutte le rispettive persone del loro parentado presenti e future: e posto che le comprendesse, non avrebbon eglino potuto inferir pregiudizio a' parenti del defunto, che alla di lui successione concorrebbero per dritto di prossimità, senza aver bisogno di assumere la qualità ereditaria de' rinunzianti.

Quindi il patto semplice nè gli esclude, nè gli poteva escludere: resta solo che una tal virtù esclusiva venga presa a prestito dall' uso, il quale al semplice patto rinunziativo aggiunga la virtù dispositiva, facendol divenire anche patto d' *inclusione* de' congiunti consuetudinarj, a pro de' quali si era voluto provvedere, e l' uso fu inventato. Ecco perchè il patto è pedissequo dell' uso: ecco perchè dev' esso correre la stessa sorte dell' uso, e non può considerarsi come patto isolato ed indipendente, giacchè senza tal dipendenza si riduce qual è, ad un semplice patto *privativo* de' genitori dalla successione de' figli, non contenente veruna espressa disposizione de' beni rinunziati, meno che quella dipendente dall'abbandono alla legge successoria generale del tempo dell' aperta successione, che ne darebbe regola.

I congiunti non patteggiatori, secondo la opinione de' consuetudinisti, eran dall' uso inclusi nel patto solo per via di fedecommesso. Questo fedecommesso è ora abolito.

XXII. Ma per concepire questo patto d' inclusione inclusivo de' non patteggiatori, alcuni de' nostri dottori non seppero escogitare altra ragione che quella di contenere una sostituzione de' congiunti consuetudinarj *per fidecommissum ab intestato*, il che per altro non fu propriamente detto se non in rapporto al patto di restituzion delle doti, che secondo la formola di

Afflitto (1) una vera sostituzione addiveniva tosto che la dote si era acquistata ai figli per successione alla madre.

Ecco perchè la Gran Corte, argomentando *ad hominem*, come suol dirsi, per escludere ogni impresa degli attori, disse che in sostenendosi che il patto di Capuana e Nido racchiudesse un patto successorio, trovavasi esso abolito da un' altra legge anteriore, quale è quella de' 15 di marzo 1807 abolitiva de' fedecommessi, e da altre posteriori.

La Corte disse che il patto « conteneva in oltre una sosti-» tuzione compendiosa, creduta soprattutto indispensabile per » sottomettere alla successione lineale i beni fuori del distretto », la qual sostituzione, oltre l' autorità de' consuetudinisti più in credito, era chiara per la formola dell' uso secondo Afflitto.

---

(1) *Nella formola di Afflitto, per la sola dote, suscettibile di patto riversivo, si dice di doversi restituire agli eredi della dotata, o del dotante*, adita vel non adita *dal figlio l' eredità della madre; parole il cui oggetto era che se la dote fosse stata data in quantità, non potea dirsi coll' adizione estinto il credito nella persona del figlio creditore e debitore; e si sa che questa teorica dal dritto romano è insegnata in caso di restituzione di fedecommessi, ove i diritti del gravato confusi coll' adizione risorgono. Vedasi la dec. 237 di Afflitto.*

Il dirsi poi che si succedeva alla madre e non al figlio, come nella decisione 92 del de Franchis, implica appunto fedecommesso ed obbligo di restituzione se il figlio sine liberis decesserit; *siccome si dice che il chiamato al fedecommesso succede al gravante, non al gravato. Del rimanente, se si fosse trattato di patto riversivo della dote, non si sarebbe succeduto nè alla madre, nè al figlio, ma bisognava essere erede del dotante. Ciò dimostra quanta deviazione o confusione di cose in materia sì complicata e difficile sia avvenuta. Di fatti la decisione del de Franchis fu ne' tempi posteriori dall' istesso S. Consiglio abbandonata. Vedasi la 2. nostra allegazione fatta nel Tribunal Civile.*

Errore nell' assunto che il patto contenesse non già una sostituzione abolita, ma un patto successorio — Dimostrazione che gli effetti sono gli stessi, perchè la successione per patto non sarebbe che fedecommessaria.

XXIII. Ed è cosa veramente cara che il difensore di D. Francesco Folgori, mentre sdegna di ravvisare nell' uso di Capuana e Nido una sostituzione abolita, ama riconoscervi un patto successorio, quasi sostituzione e patto successorio fossero cose intrinsecamente diverse! Tocca a noi il disingannarlo.

Se alcuno donava tutti o parte de' suoi beni con vincoli di fedecommesso, questo atto fra vivi presso di noi era valido, specialmente riserbandosi il donante una facoltà determinata di disporre; e ciò costituiva un fedecommesso per atto fra vivi. All' incontro, se egli donava la sua eredità, o prometteva la successione, coll' obbligo o no al donatario o sia all' erede convenzionale, di restituirla ad altri, era questo un patto successorio, ed un atto fra vivi presso di noi vietato, checchè sia ne' paesi consuetudinarj di Francia, ed in alcuni luoghi della Germania, ove il dritto romano non era ricevuto, siccome di sopra si è avvertito.

Ecco la differenza fra l' un patto e l' altro. Ma posta la fermezza di un patto successorio anche presso di noi, non conteneva meno fedecommesso e restituzione di tutta l' eredità ricevuta, come il conteneva il fedecommesso *super bonis*. Ora se nell' uso di Capuana e Nido comprendevasi un patto successorio, che altro era questo se non un fedecommesso rispettivamente imposto da' genitori ai loro figliuoli, di dover restituire i beni che gli sarebber pervenuti o da loro, o da altri congiunti anche fuori del distretto, non già agli eredi che la legge loro attribuiva, ma a quelli che essi designavano? Il che vuol dire che ne' beni fuori del distretto succeder dovessero non già gli eredi del dritto romano, ma quelli che additava il dritto consuetudinario.

Ma ciò avvenir poteva nel solo caso che il figliuolo premorisse alla madre; ed ecco come si vede chiara la coerenza dell' uso colla consuetudine: altrimenti, premorta la madre, nei beni fuori del distretto non vi era più successione consuetudi-

naria, nè ricorrer poteasi più all'uso, al patto, alla sostituzione. Queste verità D. Francesco le confessa, e col fatto proprio si condanna senza avvedersene, perchè non ha fatto alcuna difficoltà di succedere colla sorella, tanto ne' beni fuori, che dentro il distretto; laddove se avesse avuto luogo la successione lineale secondo l'uso, ed i congiunti paterni del defunto avessero un patto successorio esclusivo, il patto secondo l'antica successione ammetteva solo i maschi in esclusion delle donne, siccome da qui a poco appieno diremo.

Ora non sarebbe questa ne' beni de' figli una vera sostituzione di persone diverse da' loro eredi *ab intestato*? Anzi più che sostituzione, perchè i genitori non avrebber disposto solo de' beni loro, ma anche de' beni del figlio, o da altri parenti, o *undecumque* pervenuti al medesimo, sottoponendogli alla successione consuetudinaria napolitana.

Il disegnare altrui un erede diverso da quello che egli ha per legge, non è forse un sostituire un per un altro nell'altrui successione? È dunque un obbligo di restituzione, tosto che l'ultimo moriente non può avere per suo successore il proprio erede della legge, ma altri, cui piacque a' genitori suoi di conferire in preferenza il diritto di esclusivamente succedergli.

Che se il figlio ha facoltà di escludergli con far testamento, non è perciò meno un fedecommesso, ed un obbligo di restituzione, qualora egli muoia *ab intestato*. La ragione è che niuno può essere obbligato a far testamento; cioè ad un atto mal auguroso, che ben volentieri si differisce e si trascura; ed il cittadino nel caso del patto trovasi involontariamente avere per successore non il suo erede destinatogli dalla legge, la quale supplisce il testamento, e s'intende che l'uomo adotti non disponendo (1); bensì si astringe ad avere, e ad intendersi di

(1) *Così i dottori, traendo argomento dalle leggi* 3 *pr. e L.* 8 §. 1. ff. de jure codicillorum. *Ved. Fusar.* de subst. quaest. 550.

aver disposto a pro di persone che non son suoi eredi se non perchè da' genitori gli vennero sostituite.

Indole ed effetti del fedecommesso *ab intestato* che si trova nel patto — Sua abolizione, tutto che non vi fosse la legge della inalienabilità de' beni: anche perchè questa inalienabilità esiste.

XXIV. Un tal fedecommesso è caratterizzato da' dottori col nome di *fedecommesso ab intestato* (1), ed in Francia appellavasi *regolamento ab intestato* (2). Siffatta disposizione non è men fedecommesso che gli altri, anzi è più forte, siccome si è avvertito, perciocchè non si restringe ai soli beni trasmessi da' genitori al figlio, ma invade anche quelli che ha costui ricevuti da' parenti, non esclusi i beni di proprio acquisto, stabilendosi in somma una specie di pupillare anche ad uomo adulto sotto la condizione *se non disponga*.

Ma qui il difensore di D. Francesco ripiglia che la legge del 1807 non abolì tutte le sostituzioni fedecommessarie, ma solo quelle che contenessero la inalienabilità de' beni.

Soffra egli però la risposta; e con questa l'avvertimento che, pel troppo calore in difendere il torto, accumula non solo false ragioni, ma ciò che precisamente gli nuoce. Se egli intende far la difesa della immaginata sostituzione pupillare pretesa dal marchese D. Niccola, gli è condonabile la ridetta proposizione, poichè D. Nicola s' industria di provare che nella pupillare non son vincolati i beni, per essere il pupillo incapace di testare; e che le sostituzioni fedecommessarie proibite non sien che quelle le quali tolgono il diritto di disporre. Ma se il difensore di D. Francesco ciò disse inavvertitamente, si emendi, perchè una tal proposizione, quantunque non vera, in bocca sua pregiudica al proprio cliente nella causa della successione *ab intestato* contro al fratello.

Del resto, queste limitazioni le fa egli di testa sua, aggiungendo, o volendo restringer la legge, la quale aperta-

(1) *Vedasi Peregrino de fideicommissis art.* 16 *n.* 115 *e seg.*, *Fusario de substitut. quaest.* 444.

(2) *Merlin repert.* Reglement ab intestat *n.* 1 *e* 2.

mente le riprova, poichè dichiara che « le sostituzioni fedecommessarie di qualunque natura sono abolite »(1). In queste generiche ed illimitate espressioni si contengono non meno i fedecommessi per atti fra vivi, che di ultima volontà; non meno le sostituzioni per testamenti, che per pretesi patti successorj; e non meno le destinazioni degli eredi che altrui si facciano nel dargli i proprj beni, che quelle le quali protraggansi anche su' beni de' loro successori. Chi ha obbligo di restituire una eredità ad altri, morendo senza figli in pupillare età, o *post quandocumque ab intestato*, è gravato di fedecommesso per effetto di una sostituzione detta *compendiosa*. E se il gravato ha facoltà di disporre, non dicesi meno gravato di fedecommesso, ed obbligato a restituire morendo *ab intestato*.

In oltre non è punto vero che un fedecommesso ingiunto all'erede sotto la condizione *si decesserit sine testamento*, renda alienabili i beni senza far testamento, poichè l'alienazione non vale se non quando la condizione si adempia; e la condizione debb'essere adempiuta in forma specifica. Oltrechè i dottori anche dicono che, facendo testamento, siccome il gravato non può disporre de' beni già alienati, così in rapporto a' medesimi *intelligitur decessisse ab intestato*, ed aver luogo la sostituzione (2).

Anche in Francia nell' abolizione delle sostituzioni si sono

XXV. Abbiam detto che le espressioni del decreto generali ed indefinite « *qualunque sostituzione* » escludono ogni

(1) *Art.* 1 *della legge de'* 15 *marzo* 1807. *Art.* 896 *cod. civ. abrog. Art.* 941, 942 *e* 943. *LL. CC.*

(2) Declaratur quarto non procedere quando fecit testamentum gravatus, sed de illis bonis non potuit testari, ut si fuissent bona alienata, nam licet faciat testamentum, quia tamen bona ex testamento non possunt acquiri alicui, et tempore testamenti conditio respectu dictorum bonorum non potuit verificari, ab intestato dicitur decedere quoad illa bona, et ad substituti utilitatem, *Paris.*, *cons.* 44, *num.* 18, *lib.* 3, *Fusario*, *de substitut.*, *quaest.* 444, *num.* 6.

Inclusi i fedecommessi *ab intestato.*

eccezione e distinzione. Conviene aggiugnere che questa massima, come indubitata si è ricevuta in Francia, ove avvi la legge abolitiva delle sostituzioni contenente le medesime espressioni. Il Merlin dice che in essa trovinsi egualmente avvolti i fedecommessi o sia regolamenti detti *ab intestato*. Ecco le sue parole:

« *La giurisprudenza che ammetteva queste disposizioni*
» *è abrogata non solo dalla legge de' 14 novembre 1792 che*
» *vieta* TUTTE LE SOSTITUZIONI,*ma anche dall' articolo 896*
» *del codice civile, che annulla tutti gli atti, i quali con-*
» *tengono disposizioni di questa natura.*

» In effetti la parola *sostituzione*, presa nella sua genera-
» lità, comprende in se il regolamento *ab intestato*, come
» il genere comprende la specie; le leggi non denotano l' uno
» e l' altra che col vocabolo *fideicommissum*; e fedecommet-
» tere significa nominare un secondo erede, donatario, o lega-
» tario, per raccogliere i beni dalle mani del primo chiamato.
» Se il donatore non ha disposto in favor di quello che nel ca-
» so in cui quest' ultimo non avrebbe direttamente disposto; se
» egli non ha invertito che l' ordine di successione stabilito dal-
» la legge senza voler legare le mani dell' uomo; in tal caso
» questa specie di sostituzione si chiama nel linguaggio delle
» leggi *fideicommissum ab intestato*; e noi nel nostro idio-
» ma lo additiamo col vocabolo di *regolamento ab intestato* (1).

Errore nell' assunto che le nuove leggi successorie non siano applicabili agli anti-

XXVI. In oltre lo stesso difensore di D. Francesco Folgori censura la Gran Corte per aver seguìta la massima in ogni tempo ammessa, nè mai contrastata, che le leggi successorie colpi-

(1) *Merlin repert.* Reglement ab intestat *n.* 1. e 2. *Questo articolo è interessantissimo, perciocchè vi si vede chiaro che in taluni luoghi della Francia si costumavano de' contratti similissimi a quelli di Capuana e Nido, la efficacia de' quali è cessata dopo la promulgazione delle nuove leggi.*

scono e regolano le successioni aperte in seguito della loro promulgazione. Egli assume che una tal regola non ha luogo per abolire i patti successorj, poichè renderebbe retroattiva la legge.

La massima censurata dal ricorrente, oltre di essere una conseguenza necessaria dell'articolo 655 delle leggi civili, il quale ha voluto fare una solenne dichiarazione, che *non attende l'origine de' beni*, eccetto i casi espressi negli articoli 670 e 681, ma solo *la prossimità della parentela*, forma un assioma accolto e ricevuto in Francia, e da per tutto, che ove si tratta di dritti *di successione*, la legge non ne riconosce all'infuori di quelli da lei dettati.

chi patti successorj non ancora verificati senza divenire retroattive — I principj seguiti dalla G. C. Civile son sostenuti dagli autori più in credito, e dal sistema di giudicare della Corte Suprema di Giustizia di Napoli.

Anzi può egli leggere questi stessi principj in Chabot de l'Allier, il quale ne fa anche l'applicazione al prediletto patto di ritorno, quando questo degeneri in dritto successorio, o sia quando il ritorno avviene a titolo di successione, siccome è il caso nostro anche per la dote, perchè in essa, ove solo è concepibile il dritto di ritorno, il ritorno non sarebbe stato che a titolo di successione per le ragioni da noi di sopra addotte.

Chabot dice: « Il ritorno a titolo di successione non rivoca la donazione alla quale potesse dirsi attaccato: esso non » è che *il dritto di succedere in un modo particolare di successione*, ed in conseguenza non risale all'epoca della donazione per rimettere le cose nello stato in cui allora erano. Al » contrario esso si limita ad un semplice dritto successivo che » non comincia, nè si realizza se non al momento in cui si apre la successione, nella quale i beni donati rinvengansi. » D'altronde EGLI È DI PRINCIPIO COSTANTE CHE TUTT'I DRITTI DI » SUCCEDERE, TUTT'I MODI DI SUCCESSIONE, TUTTI GLI EFFETTI CHE » NON VALGONO SE NON A TITOLO SUCCESSIVO, DEBBONO ESSER REGOLATI DALLA LEGGE ESISTENTE AL TEMPO DELL'APERTURA DELLA » SUCCESSIONE SU LA QUALE SI ESERCITANO (1) ».

(1) *Chabot de l'Allier, quest. transit.* Retour ou Reversion §. 10.

L'assioma criticato dal ricorrente fu anche adottato dalle due Corti regolatrici, di Francia e di Napoli. A far economia di citazioni e di dottrine, riferiremo quì le considerazioni analoghe di due decisioni della nostra Suprema Corte di Giustizia, una più antica, l'altra recentissima, in pruova che il sistema di giudicare intorno a questo articolo non ha mai vacillato.

Nella causa tra il principe Doria e la contessa Doria, nel 26. novembre 1811, sul rapporto del barone Parrilli, allora consigliere della disciolta Corte di Cassazione, fu rigettato il ricorso contra la decisione della Corte di Appello di Napoli de' 28 giugno 1810, e si fissarono le seguenti massime: « Attesochè le leggi successorie *colpiscono e regolano le successioni aperte in seguito della loro promulgazione*; *che la capacità di succedere non dipende se non dalla sola legge*, *ed al momento in cui la successione si apre*, *devesi esclusivamente guardare per conoscere quali siano coloro li quali abbiano o no la capacità richiesta a raccoglierli*.

Nella causa tra D. Gaetano Giordano, D. Luigi, D. Raffaele de Martino, i coniugi D. Tommaso Caldora e D. Mariantonia de Martino, non che D. Gio: Battista de Martino tutore de' suoi figli, nel 1 giugno 1822, la Suprema Corte di Giustizia rigettò i ricorsi prodotti contra le decisioni rendute dalla G. C. Civile di Napoli nel 18 gennaio 1820 e 2 gennaio 1821, e tra l'altro osservò: attesochè la G. C. non col divisamento di
» far tornare i beni a quel lato donde al defunto pervennero,
» ma soltanto per esaminare l'efficacia delle rinuncie, pose men-
» te alle abolite consuetudini della città di Napoli, e rinvenen-
» do che le donne non aveano nella successione collaterale un
» dritto a concorrere co' fratelli, dichiarò ragionevolmente inef-
» ficaci le rinunzie istesse a produrre l'effetto di riputarsi ri-
» nunciato un diritto che all'epoca del contratto non si avea:
» *che la stessa Gran Corte*, *lungi di avere atteso nel defe-*

» *rir la successione l'origine de' beni*, *fece per l' opposto*
» *uso dell'editto successorio vigente*, *allorchè accordò la*
» *successione così a' maschi che alle femmine*, *nè perciò ha*
» *violato l'articolo 655 delle leggi civili* ».

XXVII. Ed è sorprendente che il difensore di D. Francesco Folgori giunga tant'oltre da voler fare materia di annullamento un assioma adottato non solo dalla Corte Suprema, ma anche dal Re in quegli stessi decreti che egli invoca. Giova riportarne le parole, che sole bastano alla piena confutazione di questa parte del ricorso.

Le stesse massime sono da S. M. proclamate nel Real decreto de' 4 marzo 1817 e ne' Reali rescritti de' 30 gennaio e 9 marzo 1822.

Preambolo del Real decreto de' 4 marzo 1817. « Guidati
» da' principj inconcussi della giustizia universale, non meno
» che da quelli stabiliti dalle antiche e nuove leggi, Noi ab-
» biamo considerato, che per effetto degli editti successorj che
» erano precedentemente in osservanza in questa parte de' nostri
» dominj, le donne erano escluse dalla successione degli ascen-
» denti nel concorso de' maschi. *Abbiamo considerato inoltre*
» *che le* SUCCESSIONI DEBBONO ESSER SEMPRE REGOLATE CON
» QUELLE LEGGI CHE HAN VIGORE NELL' EPOCA IN CUI SI DE-
» FERISCONO ».

Real rescritto de' 9 marzo 1822. « Si è dubitato se i re-
» ligiosi e religiose professe siano capaci di succedere, e se le
» rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima della professio-
» ne religiosa incontrino l'ostacolo del dritto civile. Questo dub-
» bio è stato rassegnato a S. M.; e *la M. S. sulla conside-*
» *razione che* LE SUCCESSIONI DEBBONO ESSER REGOLATE E-
» SCLUSIVAMENTE A NORMA DELLE ATTUALI LEGGI CIVILI,
» e che ricevute nel Regno le instituzioni religiose, coloro che
» ad esse appartengono, astretti dal voto di povertà, trovansi
» collocati in uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare
» alcuna proprietà, si è degnata di dichiarare che i religiosi
» e le religiose professe, a ragione de' voti monastici, siano
» incapaci di succedere ». = Dagli stessi principj è diretto

il precedente Real rescritto de' 30 gennaio del medesimo anno.

Confutazione dell' assunto che la decisione abbia violato l'art. 2 delle leggi civili, applicando le leggi nuove, non già quelle esistenti al tempo del patto — Principj su la retroattività — Differenza tra i dritti acquistati ed eventuali.

XXVIII. Non meno ingiusto è il dire che la decisione ha violato l' articolo 2 delle leggi civili, applicando le nuove leggi successorie, mentre pel patto la successione dovea regolarsi colle leggi antiche.

A questo proposito non possiamo astenerci di notare che prima di maledire il ragionamento della Gran Corte, dovea meglio leggersi ed intendersi e ponderarsi il senso dell' articolo 2. che si afferma violato. La legge allora dicesi avere effetto retroattivo, quando toglie altrui il *jus quaesitum*, cioè quel bene che la legge medesima considera che uno già abbia nel suo patrimonio. Niuno (disse il consigliere Portalis nel proporre siffatto articolo al corpo legislativo) *debb' essere turbato ne' suoi diritti acquistati.*

Chabot de l' Allier (1) egregiamente spiega cosa mai debba intendersi per dritto acquistato. « S' intendono *per dritti* » *acquistati* quegli che erano irrevocabilmente conferiti, e de» finitivamente acquistati prima del fatto, l' atto, o la legge » che si vuole opporre, per impedire il pieno, ed intero go» dimento di questi dritti ».

» È ben evidente che un dritto, il quale può esser rivo» cato *ad nutum* dell' individuo che l' ha conferito, non è un » dritto acquistato, poichè non è ancora che una semplice spe» ranza, una semplice aspettativa.

» La legge novella che lo trova in questo stato può dun» que impadronirsene per regolarlo a sua volontà; ella può » rivocarlo o modificarlo, perchè è rivocabile di sua natura; » ed il poter della legge si estende su tutto ciò che non era » irrevocabilmente terminato prima della sua pubblicazione. » Non vi ha effetto retroattivo che in ciò che porta attentato » a' dritti definitivamente acquistati. »

(1) *Quest. transitoires*, Droit acquis.

Pria di venire all' applicazione di queste massime, domandiamo all' avversario di dirne in buona fede, se un congiunto, il quale ha mille nel suo patrimonio, ma tiene un parente di verde e florida età, prossimo a passare a nozze, possa dire di avere un dritto acquistato sulla roba di costui mentre vive; e possa calcolarlo come un aumento del suo scarso patrimonio, in guisa che fra i beni suoi abbia a considerarsi non solo quel che è suo, ma una ricchezza efimera consistente nella speranza di acquistare i beni di colui, quante volte non tolga moglie, non faccia figli, e non gli venga talento di far testamento? In tali circostanze sopravviene la legge, e cambia l' ordine successorio antico. Si domanda, qual dritto definitivamente acquistato ella gli ha tolto? La sola speranza eventuale di *succedere ab intestato* non è *jus quaesitum*, cioè diritto definitivamente, ed irrevocabilmente acquistato.

Ma abbiam di sopra notato che la nuova legge successoria sopravvenne in tempo che i contraenti viveano. Potevano, o no essi farsi una vicendevole remissione delle rispettive rinunzie, e dire che non più l' uso di Capuana e Nido, ma l' uso de' proceri regolasse la loro coniugale unione per l' avvenire? E chi poteva impedirlo? Forse i fratelli Folgori? Ma essi niun dritto si aveano stipulato, niun dritto acquistato. Ora *nihil tam naturale est quam eo genere quid dissolvi quo colligatum est* (1). Se dunque surse la legge mentre i rinunzianti erano in facoltà di cangiare i patti primitivi della loro associazione, rivocando la rispettiva rinunzia alla successione de' figli, la legge ha fatto ciò che i coniugi potevan fare, e convien presumere che alla legge medesima siansi essi uniformati.

In oltre poteva o no il marchese Salvatore, ultimo defunto, dopo la legge nuova far testamento e trasmettere il suo retaggio a chi più gli piacesse? e distruggere in tal modo tutte

(1) *LL.* 35 e 100 *ff. de regul. jur*

le speranze de' suoi congiunti? La consuetudine poteva solo impedire di testare di una metà de' beni antichi situati entro il distretto, in tutto il di più non giovava ai congiunti paterni allegare un patto di *mera successione ab intestato*. In queste circostanze sopravviene la legge e cambia la successione legittima: dunque non toglie verun diritto definitivamente ed irrevocabilmente acquistato, ma solo una speranza eventuale, come l'ha tolta a tutto il resto de' cittadini che colla legge consuetudinaria viveano; legge a cui l'uso altro non aveva aggiunto che la esclusione della madre dell'ultimo defunto.

Adunque quante volte si tratta di dritto di *successione legittima* (che tale non può negarsi essere la successione a D. Salvatore Folgori, anche se in tempo della vecchia legge si deferiva), la legge nuova se ne è impadronita, perchè non si concepisce e non si dà successione, nè dritto di successione prima che l'uomo muoia, come disse S. Paolo (1): e se la successione è aperta sotto la nuova legge, *questa non debbe avere altro oggetto che regolare i casi non ancora avvenuti* (nella classe de' quali sta il nostro); siccome il Tribuno Grenier si espresse, spiegando al Tribunato la vera intelligenza dell'articolo 2, e qual fosse l'effetto retroattivo a mente di esso.

Bellissimo esempio di un giudicato francese ne' termini della decisione impugnata.

XXIX. Ma dal generale passiamo al particolare. Ciò che la Gran Corte ha deciso, in Francia si ha per un teorema indubitato. Merlin, e giova qui ripeterlo, chiese ed ottenne dalla Corte di Cassazione di annullarsi per interesse della legge una decisione, colla quale in una enfiteusi ecclesiastica a terza generazione si eran dopo la nuova legge ammessi a succedervi i maschi in esclusion delle femmine secondo l'antica giurisprudenza di Torino, a motivo che trattavasi di successione convenzionale. Merlin portò appunto alla Corte di Cassa-

(1) Epist. ad Haebreos *cap.* 9 *vers.* 16 *e* 17.

zione per esempio quel caso di cui in Francia non v'era dubbio, cioè il nostro patto di Capuana e Nido. « Se una donna, » ei disse, nel contratto nuziale, mettendo in società i suoi » beni *proprj* (1), vi opponga il patto di restituirsi a' parenti della sua linea; questo patto non ha più luogo sotto le » nuove leggi, perchè debbon succederle altri eredi secondo la » nuova forma di successione, da cui la successione *di lato e* » *linea*, che ne' paesi consuetudinarj di Francia praticavasi, » si trova abolita.

Parlando egli alla Corte, del contratto enfiteutico in quistione, disse che quel contratto « non ha dato maggior diritto » a costui ed a' suoi discendenti maschi di quello che a' parenti collaterali di una donna maritata sotto l' impero delle » antiche leggi desse la clausola, colla quale questa donna, » maritandosi, avesse stipulata una somma di danaro propria (2), » in favore de' suoi dal suo lato e linea. E similmente (egli » prosegue il paragone) siccome, non ostante questa clausola, » la somma *propria* così stipulata sarebbe in una successione, » che oggi si aprisse, deferita all' erede designato dal codice » civile, così cc. (3).

Il Merlin in quella sua requisitoria dimostra che allora solo potea invocarsi l' articolo 2 del codice civile, ed il *jus quesito* in forza del patto, quando i successori fossero intervenuti nel

---

(1) *Beni* proprj *diccansi in più maniere ne' paesi di consuetudine, disegnandosi con tal nome i beni* antichi, *a differenza degli* acquisti, *ed i beni che la donna metteva in comunione solo pel frutto, salva la proprietà. Merlin repert. Voc.* Propre.

(2) Propria *diccvasi, quando in comunione non si metteva la proprietà, ma il solo frutto.*

(3) *La requisitoria di Merlin è riferita nella decisione della Corte di Cassazione di Francia di 13 novembre 1807 presso Sirey vol. 8 part. 1 pag. 62, e la trascrive anche Chabot nelle quistioni transitorie tom. 1,* Droit de masculinité *pag.* 381 *e seg.*

contratto, stipulando in pro loro il passaggio dell'enfiteusi: allora può alcun dolersi di essersegli tolto il *jus quaesitum* col patto, quando si nega effetto alla sua stipulazione, o quando è l'erede dello stipulatore. « Ma, soggiunge, volendo essi sperimentare un dritto come eredi dell'enfiteuta, debbon essere » eredi secondo il dritto nuovo, non secondo l'antica giurisprudenza piemontese che nelle successioni alle enfiteusi ecclesiastiche preferiva i maschi alle femmine.

» Ed inutilmente si è detto che non era per diritto di » successione che questi beni doveano esser deferiti a' discendenti di Sereno Beltrami, ma *jure contractus*; e che i termini del contratto del 1 febbraio 1747, inteso nel senso determinato dalla giurisprudenza delle decisioni, non chiamavano che i discendenti maschi.

» Delle due cose l'una: o dalla clausola di questo contratto, che invitava i discendenti maschi di Sereno Beltrami, » era derivato un fedecommesso, in virtù del quale Sereno Beltrami ed ognuno de' suoi successori, era in obbligo di conservare i beni enfiteutici nella famiglia fino alla terza generazione senza poter alienarli, nè disporne; o questa clausola » avea lasciato a Sereno Beltrami, ed a ciascuno di coloro che » doveano succedergli in siffatti beni, la facoltà di disporre in » qualunque modo giudicasse a proposito, salvo al padron diretto il diritto di rientrarvi, sia a titolo di prelazione, o » di devoluzione, sia semplicemente allo spirare della enfiteusi.

» Nel primo caso l'effetto di questa clausola è cessato dal » momento che i fedecommessi furono aboliti nel Piemonte, e » si sa che ciò avvenne in vigor della legge della *Consulta* » piemontese de' 6 fruttidoro anno 8. . . .

» Nel secondo caso, l'effetto della esposta clausola si trova neutralizzato dal codice civile; ed è questa una verità facile a comprendersi.

» Il codice civile non permette di sconvolgere l'ordine

» delle successioni se non col mezzo di testamenti, di donazioni
» fra vivi, e d'instituzioni contrattuali in favore di persone che
» si maritano o de' loro figli da nascere.

» Fuori di queste eccezioni, la legge rifiuta ogni patto,
» ogni stipulazione il di cui oggetto fosse di dare ad un uomo
» un successore diverso da quello che gli è designato dalla legge.

» Non si può, dice l'articolo 1130 (1), rinunziare ad una
» successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione
» su la medesima, se anche v'intervenisse il consenso di co-
» lui della successione del quale si tratta.

» Ed il Legislatore è sì fermo in questo principio, e lo
» considera sì sacro, che vi sottopone anche i contratti di ma-
» trimonio. I futuri sposi, così l'articolo 1389 (2), non pos-
» sono fare alcuna convenzione diretta a cangiare l'ordine le-
» gittimo delle successioni, sia per rapporto ad essi stessi nella
» successione de' figli e discendenti, sia per rapporto a' figli tra
» loro.

» Come dunque potrebbe ancora al presente darsi effetto
» alla clausola del contratto enfiteutico del 1 febbraio 1747,
» che chiama i discendenti maschi di Sereno Beltrami in esclu-
» sion delle femmine? sarebbe ciò forse perchè questo contratto
» è anteriore al codice civile? sarebbe forse perchè, all'epoca
» in cui questo contratto fu celebrato, nulla eravi in tal clau-
» sola, che offendesse le leggi piemontesi intorno all'ordine
» delle successioni?

» Senza dubbio questa circostanza sarebbe decisiva per la
» opinione abbracciata dalla corte di appello di Turino, *se i*
» *discendenti maschi di Sereno Beltrami fossero stati par-*
» *te nel contratto del 1 febbraio 1747*, E VI AVESSERO PER-
» SONALMENTE STIPULATO: *si direbbe in tal caso ch'essi*

---

(1) *Uniforme all'articolo* 1084 *delle legg. civ.*

(2) *Uniforme all'articolo* 1343 *delle nostre legg. civ.*

» *hanno acquistato, per tal contratto, un dritto irrevocabile al possesso esclusivo de' beni enfiteutici*; ed il codice
» civile non avrebbe nè potuto nè voluto spogliarli di questo
» dritto.

» Ma nè i discendenti maschi di Sereno Beltrami, nè Se-
» reno Beltrami esso stesso, furono parti in tal contratto: que-
» sto avvenne fra il canonico Luca, e Bartolomeo Beltrami,
» padre di Sereno, ec.

» Altronde mentre è evidente che il codice civile rispetta e
» mantiene i diritti acquistati prima della sua pubblicazione,
» egli è pur chiaro che le semplici aspettative, le nude spe-
» ranze che esistevano pria della sua promulgazione, han ces-
» sato, e sonosi estinte all' epoca in cui lo stesso codice diven-
» ne la legge comune, la regola uniforme di tutti i diritti da
» acquistarsi per l'avvenire; e giovi nuovamente dirlo, i discen-
» denti maschi di Sereno Beltrami non aveano acquistato alcun
» diritto a' beni enfiteutici del loro padre, prima della sua
» morte, o, ciò che è lo stesso, prima della pubblicazione del
» codice civile.

Basta questo solo esempio per conoscere che ciò che la Gran Corte Civile ha ora deciso, lungi di formar oggetto di annullamento, combacia colle regole le più inconcusse e ricevute in materia di quistioni transitorie. Chi ami vedere altri esempj, potrà riscontrare la nostra allegazione fatta nella corte di appello ove se ne hanno a dovizia.

Qui solo riferiremo le parole della disciolta Corte di Cassazione in una decisione de' 16 aprile 1812; e quelle della Suprema Corte di Giustizia contenute in altra decisione del 1 giugno 1822.

Nella prima di queste decisioni si disse: » Il dritto a succedere non può giudicarsi nè consumato, nè perfetto, finchè rimane qualche cosa ad esser eseguita, cioè finchè per la morte di un cittadino non venga ad essere aperta la successione

a beneficio di coloro che possono per legge aspirarvi; NEL QUAL CASO LA LEGGE ESERCITA LA SUA AZIONE SULL' ACCADUTO SOTTO IL SUO IMPERO, NON GIA' RETROAGISCE SUL PASSATO (1).

Nella decisione della Suprema Corte, che è quella fra Martini e Caldora, si osservò « che gli eredi del padre son quelli che egli avrebbe instituiti morendo, *e che la legge dell' intestata successione gli avrebbe dato all' epoca della sua morte, tra per non potere in simili rinuncie riconoscere un fedecommesso agnatizio* PER ESSER DISTRUTTO DALLA LEGGE *EVERSIVA DE' FEDECOMMESSI COME DRITTO EVENTUALE*, *ANCHE QUALORA VI ESISTESSE* ».

Or veggasi se lo specioso ragionamento de' ricorrenti possa rapire alle nuove leggi il dritto d'impadronirsi delle aspettative della posterità per dare ordine e regole uniformi alle successioni che dopo la loro promulgazione si apriranno! Se la censura reggesse, si affiggerebbe alle leggi, ed alle conformi decisioni che annientarono le speranze e gl' inviti de' chiamati negli antichi fedecommessi la macchia d' iniquità! O almeno farebbe risorgere una turba di pretensori, i quali verrebbero a far pompa di dritti, per conseguire i beni sottratti alle loro ricerche, a motivo de' nuovi statuti che altrimenti regolano le trasmissioni della proprietà!

Assurdi che deriverebbero dal sistema opposto.

XXX. Ma oltre a ciò si noti nell'opposto sistema quali assurdi ed incoerenze ne avverrebbero. Le nostre consuetudini non limitavano alcun grado a' prossimiori delle due linee nella successione. Il dritto nuovo lo limità al dodicesimo grado. Ora aprendosi al presente una successione entro o fuori del distretto, potrebbero comparire congiunti consuetudinarj anche nel ventesimo grado. All' uopo si sosterrebbe che la successione non abbia a regolarsi entro ai gradi dalle nuove leggi limitati, per-

(1) *Questa decisione può leggersi nel supplimento alla collezione delle leggi, anno* 1818, 1. *quaderno, pag.* 143.

chè un' atava del defunto maritossi coll' uso di Capuana e Nido, il che rendendo pattizia la novella successione, e soggettandola all' impero delle consuetudini, essi quali eredi lineali e consuetudinarj debban succedere col dritto antico, e non col nuovo.

Di vantaggio, se il marchesino di Ducenta fosse premorto alla madre in tempo che le consuetudini avean vigore, tanto ne' beni entro, che fuori del distretto, D. Rachele Folgori duchessa di Caccuri non sarebbe punto succeduta. La ragione è chiara. La madre, per diritto romano, tanto ne' beni fuori del distretto, che entro, secondo la dottrina di Napodano, avrebbe fatto cessare le consuetudini. Ma ella rinunziò e trasferì il suo dritto agli eredi consuetudinarj. Ora eredi consuetudinarj non sarebbero che il marchese D. Nicola e suo fratello D. Francesco, e non mai la sorella nella esistenza de' maschi. Costoro dunque rappresenterebbero unicamente i diritti rinunziati; e noi aggiungiamo che non avrebbero nè pur obbligo di darle il paraggio in detti beni, perchè lor pervenuti, non per diritto di prossimità, ma per diritti trasmessi dalla prossimiore mediante la rinunzia . . . .

Similmente se fosse vero di doversi succedere secondo le consuetudini, e vero altresì che l' uso di Capuana e Nido escludesse anche i prossimiori congiunti dal lato materno *per inclusionem* di que' del lato paterno, tutto che premorta la marchesa rinunziante, i diritti de' prossimiori della linea materna del defunto verrebbero rappresentati dagli eredi consuetudinarj, e non dalla duchessa di Caccuri; onde alle porzioni di coloro essa non potrebbe giammai aspirare, perchè non è fra le persone in cui pro s' intende dall' altra linea rinunziato.

Ecco perchè noi sin dal principio notammo fra le stravaganze avvenute in questo affare, che nel Tribunal Civile la esclusione de' congiunti del lato materno fu sostenuta soltanto da chi meno il doveva.

XXXI. I risultamenti di cosiffatta legittima illazione dalle intraprese de' fratelli Folgori, prevedendosi dal difensore di D. Francesco, si è egli volto a negare o inorpellare una verità istorica contestata dall' uniforme autorità non meno di tutti i consuetudinisti, che degl' istorici della patria legislazione, cioè che l'uso di Capuana e Nido fu inventato ad integrare il sistema lineale della consuetudine *si quis vel si qua*; e ad estenderla in danno della rinunziante anche a' beni fuori del distretto (1); come pure che l'uso suddetto altro non contenga che la successione consuetudinaria, *addita parentum exclusione* (2). Ma essendo questa una verità di fatto che niuno ha osato di mettere in forse, l'autore della dissertazione, cioè l'avvocato del marchese, alle pag. 43 e seguenti, pienamente vi si uniforma, e ripone l'avvenimento di un tal fatto, e l'origine

Si dimostra vero ciò che i ricorrenti negano, cioè che l'uso di Capuana e Nido surse per supplire, e per ampliare la consuetudine.

(1) *Sentasi Fabio d'Anna, la di cui dottrina, come riportata in Gran Corte dagli stessi nostri contraddittori, può essere sufficiente*: Supervenit consuetudo Capuanae et Nidi, quae fuit introducta *ad augendam et ampliandam dispositionem inductam per illam consuetudinem* Si quis vel si qua, et per eam fuit dispositum, quod mater, vel pater sint exclusi ex successione liberorum, et ampliavit in duobus, et in coeteris firma remansit consuetudo. *Primo*, quia consuetudo in scriptis redacta procedebat in bonis in districtu tantum. Haec consuetudo Capuanae et Nidi, cum qua erat unita forma renunciandi, et sic potestas contrahentium, habet locum, etiam in bonis extra districtum; auxit ergo in hoc dispositionem consuetudinis praedictae, ec.

(2) *Il de Franchis, il Teodoro, Giuseppe de Rosa, il quale dice*: Novus usus, sive sit vera consuetudo, sive sit simplex renunciatio, sive renunciandi usus (*le quali espressioni dinotano che non si conveniva nè pur cosa fosse*) nullam ob causam fuit inventus, nisi ut parentes excluderet, et etiam iis existentibus consuetudini si quis vel si qua, ac bonorum distinctioni locum faceret. Consult. 6 n. 65 e seg. Aliud non est novus usus quam successio juxta consuetudinem si quis vel si qua, addita parentum exclusione, *ivi*.

dell'uso nel modo costantemente da tutti i nostri scrittori narrato.

Si dimostra che il decreto de' 4 marzo 1817 non è stato violato dalla G. C., nè ha influenza nella causa — Piena giustificazione della decisione.

XXXII. Finalmente il difensore di D. Francesco *tertio quoque verbo* si appella al decreto de' 4 marzo 1817, fatto per le rinunzie delle donne maritate a pro de' dotanti; e grida alla violazione del medesimo.

Ma è cosa meravigliosa che, mentre egli fonda quasi tutti i suoi mezzi di cassazione, immaginando di essersi dalla Corte male applicate le leggi, non già violate; faccia poi una evidentissima mala applicazione di un decreto, che ha in oggetto rinunzie di differente natura!

Basterebbe a noi dire *decretum de hoc non loquitur*, per cui stranamente si pretende violato!

Basterebbe ancora dire che l'avversario vuole applicare il decreto non ad escludere la rinunziante, della quale il decreto parla, ma i prossimiori che non hanno rinunziato!

Però la Corte ha voluto piegarsi a far notare la diversità delle ragioni, che tutte insieme dimostrano il pieno torto del ricorrente (1). E i principj nella decisione su tal proposito seguiti, lungi dal poter essere confutati, sono unanimamente insegnati da tutti i dottori. Che la rinunzia di Capuana e Nido avesse in se *nedum caput exclusivum matris*, *sed inclusivum*, *quia vocat proximiores ex parte patris*, disse il presidente d'Alessandro (2). Ora è un teorema inconcusso: *Renunciationis causa cessante*, *cessat renunciatio* (3), anche perchè la rinunzia è un contratto *stricti juris* che non può estendersi *ad alias res*, *casus*, *jura*, *et personas* (4). Ed in proposito

(1) *Leggete questa parte del ragionamento nelle pag.* 261 *e seg. della decisione in istampa.*

(2) *Su la consuetudine*, Si quis vel si qua addit. *alla glos. n.* 185, *che incomincia*; Et nota quod haec glossa.

(3) *Tiraquello tract. cessante causa*: Voc. renunciationis.

(4) *Ved. presso Sorge enucl. for. tom.* 7 *cap.* 36 *il primo n.* 10 *pag.* 236 *e* 237.

fra i nostri consuetudinisti il Panzuti (1) disse: *Sicuti cessante causa cessat effectus, ita etiam cessante causa, et renunciationis origine, cessat ipsius effectus, et sic foeminarum renuciantium exclusio.* E nel dritto romano per canone è notato, *extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest* (2); ed *ea quae recte constiterunt resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere* (3).

Fra i motivi però della diversità, e della inapplicabilità del decreto de' 4 marzo 1817, è da farsi attenzione al seguente. Le rinunzie, delle quali parla questo decreto, suppongono l'esistenza degli eredi del rinunziatario. Le rinunzie sono un contratto come tutti gli altri, o che sien translative, o estintive. La donna rinunziante si escludeva dalle successioni *pactione*, come disse Napodano, e questa *pazione* si fa in due maniere, o togliendosi il rinunziante dall'ordine de' successori, o trasferendo i suoi diritti (4); ma nell' uno e nell'altro modo ella lo faceva a beneficio dello stipulatore della rinunzia, o sia del rinunziatario, e de' di lui eredi: *Renunciatio generalis non trahitur nisi ad personas, quarum contemplatione fit*, così Napodano (5). *Non contradicit esse realem ut clausulae indicant, sed respectu certarum personarum, quarum contemplatione fuit, vel praesumitur facta renunciatio* (6).

In hac renunciationis materia, così il nostro de Marinis ne ha tramandata la dottrina ricevuta, *illud animadvertimus quod inter doctores de his agentes sine controversia procedit, nimirum data renunciatione quantumvis reali, et cum*

(1) *Controv.* 20 *n.* 108 *e* 109.
(2) *L.* 140 pr. ff. de verb. obl.
(3) *L.* 98 pr. ff. eod.
(4) *Napodano sulla consuetudine* Si quis vel si qua *num.* 194 *e* 195.
(5) *Sulla consuetudine* Si moriatur *n.* 32.
(6) *Marcian.* disput. 8 *n.* 18 *e* 19.

omnibus clausulis quae excogitari possint, clausulam illam realitatem importantem nullatenus prodesse nisi illis personis quibus est renunciatum, sive quarum contemplatione praesumi potest factam fuisse renunciationem ..... quia licet verba renunciationum sint generalia, tamen ex mente renunciantis declarantur et limitantur, ut quando casus praeter opinionem, et mentem contrahentium eveniunt, renunciatio non obstet (1).

Il cardinal de Luca, commendando questa autorità del de Marinis, come quella che contiene il succo di quanto di meglio siasi inseguato da' primi uomini della città nostra e del regno, non che della curia romana, e delle altre città d'Italia (disc. 3 n. 8 de renunc.) altrove dice: *Non tamen iste personalitatis terminus, qui huic etiam casui adaptabilis est, ad illum praecise restrictus dignoscitur, cum etiam extinctivae seu reali renunciationi adaptetur ea, cum qua certae personae intuitu renuncians de medio se tollere, ac mortuum se facere voluerit, ut ita persona contemplata jure suo per remotionem obstaculi, successiones, aliaque jura renunciata pleno jure obtineat: ea tamen cessante, neque de juribus renunciatis ex defectu voluntatis disponentis, illa resolvatur; ideoque renuncianti integrum sit ad jura renunciata regredi, seu illa ex novo successionis casu, per ipsius renunciatarii deficientiam obtinere* (2). La ragione di tai principj è nella cosa. Una madre è la più prossima a succedere al figlio, e come chiamata dalla legge è impossessata oggigiorno de' di lui beni. Per escluderla, dee farsi avanti il di lei rinunciatario, ed esibir la rinunzia in suo pro, per toglierle l'eredità di mano. Ma se egli rinunziatario non sia, sarà escluso come colui che non vi ha interesse.

(1) *De Marinis lib.* 2 *resol.* 191 *n.* 3 *et seq.*

(2) In summa de renunciationibus §. 2 *num.* 12. *Lo stesso dicono i nostri consuetudinisti. Ved. il Panzuti, ed altri alla pag.* 40 *della prima allegazione in prima istanza.*

Mancano gli eredi del rinunziatario, per cui, anche sotto questo rapporto, indarno si domanda l'osservanza del patto.

XXXIII. Se non esistono eredi del rinunziatario, mancano le persone che possano esigere l'osservanza del patto, e che rappresentar possano i diritti rinunziati. Fingasi che una donna rinunzii al padre translativamente ed estintivamente. Muore il padre lasciando i figli maschi eredi, o istituendo erede il primogenito. Si apre una successione rinunziata. I figli maschi, o il primogenito erede del rinunziatario, succeduti ne' diritti stipulati, e rappresentando la persona della sorella, prendono nella successione la quota che a lei sarebbe spettata. — Ma se avviene che i figliuoli maschi premuoiano al padre, ed il padre sen muoia *ab intestato*, lasciando o la sola rinunziante erede, o lei con altra sorella nubile, la rinunzia svanisce. La ragione è evidente. Nel primo caso l'erede del rinunziatario è la stessa rinunziante, ed in conseguenza in lei si riuniscono i diritti rinunziati, perciocchè manca la persona diversa in cui il diritto di rappresentare la rinunziante fu trasferito. Nel secondo caso la rinunziante è erede e rappresentante de' dritti rinunziati egualmente che la sorella, e la coerede altro dritto non ha che di chieder la collazione di ciò che la sorella riscosse in compenso de' diritti rinunziati. Ed è in questo caso che i dottori dicono aver luogo la massima *Tibi renuncio, et tibi succedo.* Nella prima delle due ipotesi il rinunziante ebbe per erede secondo la legge statutaria solo i maschi, val dire persone diverse dalla rinunziante; nel secondo ha per coerede una eguale a se, che non può vantare sulla eredità paterna se non diritti eguali.

Facciamone l'applicazione al caso, secondo l'uso di Capuana e Nido. La marchesa D. Marianna fu la rinunziante, il marchese Ferdinando il rinunziatario, il quale stipulò la rinunzia alle successioni de' figli per se e pe' suoi eredi. Ma per quali eredi? per gli eredi consuetudinarj suoi e de' suoi discendenti.

Ora fino a che questi eredi consuetudinarj esistevano, essi eran le persone che potevano rappresentar la rinunzia. Ma tosto che sopravvenne una legge che tolse loro la successione consue-

tudinaria, ed il figlio della rinunziante nel tempo che la di lui successione si aprì, non avea più per eredi legittimi coloro che erano dalla consuetudine invitati, ma la stessa madre, ella, e non altri è dalla legge dichiarata legittima succeditrice ne' diritti rinunziati; e la rinunzia svanisce. Manca dunque non solo la causa efficiente e finale della rinunzia, come la Gran Corte Civile disse, ma pur le persone rivestite della qualità di eredi consuetudinarj che solamente avean diritti di rappresentar la rinunzia. Gli eredi son cangiati, perchè la legge nuova ha detto che nelle successioni che si aprono sotto il suo impero non vuol riconoscere più successori per linee secondo l' origine de' beni. Per rappresentar dunque la rinunzia, bisogna prima rivestirsi della qualità ereditaria del rinunziatario. Ma i congiunti consuetudinarj, che erano un tempo prossimiori di linea, non sono più prossimiori consuetudinarj in tempo dell' aperta successione, subito che una legge nuova tal qualità ha scancellata, quel gotico edifizio ha distrutto, e fra i novelli eredi include anche una donna che non era punto erede consuetudinaria, e contemplata fra coloro che avrebber dovuto rappresentar la rinunzia.

Ma noi fingemmo vivente la rinunziante, nel qual caso certamente non siamo.

E che han che fare i congiunti non rinunzianti col decreto? Ha detto forse il decreto che anche i non rinunzianti sien tenuti alle rinunzie altrui? Chi lo ha preteso, ha creduto che non per effetto della rinunzia, ma per virtù dell' uso vi fossero obbligati, o che per una sostituzione, che l' uso contenga, ne sian rimossi, la qual rimozione o non è vera, o è per tutti i principj cessata.

Sicchè questo decreto relativo alle rinunzie, che si fa campeggiar come motivo di annullamento in quasi tutti i dodici mezzi, ha nel caso presente la stessa influenza che vi avrebbe un testo dell' Alcorano.

MEZZI DEL RICORSO PRODOTTO DA D. FRANCESCO FOLGORI.

1. *La G. Corte ha considerato che le successioni sono sempre regolate dalla legge in vigore al tempo in cui si aprono, ed ha citato in sostegno di questa considerazione il decreto de' 4 Marzo 1817 ed i rescritti de' 30 Gennajo e 9 Marzo 1822.*

L' enunciato Real Decreto è malamente applicato. L' invocata massima non è scritta se non in difetto di patti successorj riconosciuti come validi dalla legge vigente al tempo del contratto (1).

L' osservanza di simili patti è prescritta testualmente nell' art. 1 del citato Decreto (2). *Sotto la antiche leggi, le donne, nell' andare a marito, solevano rinunciare alle successioni della loro famiglia in benefizio de' maschi della famiglia istessa* (3).

Queste rinuncie contenevano evidentemente un patto successorio con cui la donna chiamata a succedere, stipulava che, cessato l' editto successorio che la includeva, succederebbero invece i congiunti rinunciatarj (4).

Questo patto invertiva l' ordine successorio di allora come inverte l' ordine successorio attuale; ed intanto, nelle successioni che si aprono oggi, mentre la legge vi chiama egualmente il maschio

---

(1) La risposta sta ne' num. 26 e 27 del ragionamento (a).

(2) La confutazione si legge ne' num. 14, 15, 26, 27, 32 e 33.

(3) Queste rinunzie erano translative di dritti, non già di successioni. Ved. gli art. 32 e 33.

(4) Un tale errore è confutato nel num. 14.

(a) I numeri cui rimandiamo, son quelli del ragionamento sul patto di Capuana e Nido.

e la donna, succede il solo maschio rinunciatario, esclusa la donna rinunciante, per forza del patto antico che fa tacere il principio che le successioni sono regolate dalle leggi vigenti. Senza dubbio la legge vigente chiama la donna al par del maschio, e senza dubbio la chiamata della donna tace per effetto del patto antico. Dopo la nuova legge la successione è rimasta pattizia come lo era (5).

Tutto ciò va osservato volendosi considerare il patto di Capuana e Nido sotto l' aspetto di un mero patto successorio (6).

Ma quel patto, ristretto a' soli beni di Ferdinando Folgori, e non comprensivo certamente della universale successione di Salvatore Folgori, non contiene che un diritto di ritorno de' beni di Ferdinando Folgori a' Folgori (7).

La successione universale di Salvatore, cioè tutti i diritti attivi e passivi derivanti da altro fonte qualunque, si regoleranno con le leggi ora vigenti; ma i beni di Ferdinando, a' quali è impressa la legge di ritorno dal patto, saranno regolati da quel patto (8).

Gli eredi universali di Salvatore non posson sottrarsi a quell' obbligo impresso a quei beni.

Con questa impronta li ha ricevuti Salvatore: i suoi eredi non possono toglierne questa impronta medesima (9).

2. *La G. Corte ha considerato che la capacità a succedere è attribuita unicamente dalla legge vigente al tempo dell' apertura della successione.*

---

(5) La risposta sta ne' num. 26 e 27.

(6) Il che non è esatto — Ved. i num. 14 e 15.

(7) Doppio errore, confutato ne' num. 16 e 17.

(8) Illazione viziosa — Ved. i suddetti num. 16 e 17.

(9) V. gli stessi numeri.

In questa considerazione la G. Corte ha falsamente applicato l' art. 646 *delle Leggi Civili, dal quale si è attinto questo argomento che la capacità a succedere si misura al tempo dell' apertura della successione* (10).

È vero che chi è incapace in quel tempo non può succedere; ma non è vero del pari che debbano sempre succedere delle persone che a quel tempo si trovano capaci di succedere secondo lo statuto generale della legge; giacchè se taluno per patto legittimo si sia volontariamente reso incapace di succedere, non succede: questa incapacità relativa stabilita in un contratto antico garantito dalla legge antica, la legge nuova non la toglie: le leggi cambiano; ma i patti stanno sempre immutabilmente (11).

In fatti le donne rinuncianti, a' termini dello statuto ora in vigore, sono certamente capaci di succedere generalmente; ma l' incapacità relativa in esse impressa dall' antico patto successorio continua a renderle incapaci relativamente. La legge generale le chiama; ma l' antico patto speciale le esclude; e succedono i soli rinunciatarj (12). *Dunque il patto antico valido secondo l' antica legge, come lo era certamente il patto di Capuana e Nilo, rende relativamente incapaci di succedere all' eredità rinunciata coloro che secondo le leggi vigenti, in difetto del patto e secondo lo statuto generale, sarebbero abili a succedere* (13).

(10) La confutazione sta ne' num. 26 e 27.

(11) Oltre ai suddetti numeri, ved. anche il num. 28 che compie la dimostrazione del torto del ricorrente.

(12) *Tertio quoque verbo* si confonde sempre la rinunzia delle donne maritate col patto di Capuana e Nido. Ved. i num. 32 e 33.

(13) Ed i Folgori, se anche questo argomento reggesse, sono rinunciatarj? Ved. all' uopo i num. 19 e 21.

Si sono con pari fallacia applicati i Reali rescritti, ne' quali si stabilisce unicamente il principio, straniero alla quistione che i monaci resi incapaci a succedere per effetto de' loro voti non hanno diritto a succedere (14).

3. *La G. Corte ha considerato che la successione di Salvatore Folgori dovea regolarsi secondo l'articolo* 673, *il quale invita indistintamente i zii e zie, tanto nella linea paterna che nella linea materna.*

Questo articolo si è falsamente applicato, perchè in esso si stabilisce l' ordine successorio legittimo per statuto generale: non s' invalidano i patti antichi riconosciuti una volta come validi dalla legge istessa. La validità de' patti non muta al mutar delle leggi. Le leggi cambiano, ma i patti stanno. Il Legislatore non prese mai a gioco la loro necessaria stabilità (15). *In effetti secondo il Decreto de'* 4 *Marzo* 1817 *la donna maritata zia del defunto, e rinunciataria in favore del zio sarebbe testualmente chiamata a succedere dall' art.* 673, *ma ciò non ostante è esclusa dal patto antico con cui ha stipulato, che la successione del nipote come le altre successioni di famiglia si raccoglierebbero da' soli zii, togliendosi ella con tal patto il diritto a parteciparvi, e la forza di questo antico patto successorio reggendo oggi tuttavia* (16).

4. *La G. C. ha considerato che il patto di Capuana e Nilo; efficace a rimuovere i congiunti de' contraenti mentre vigevano le consuetudini e mentre l' uso di Capuana e Nilo era sanzionato dalla legge, abbia perduto una tale efficacia dopo l' abolizione*

---

(14) La fallacia è del ricorrente, il quale finge di non intendere quello che sta scritto. Ved. il num. 27.

(15) Ripetizione molesta! Ved. la risposta nel num. 26.

(16) Ved. l' annotazione 12 ed i numeri che vi son citati.

delle consuetudini e degli usi locali in forza del decreto de' 22 Ottobre 1808 *e delle leggi de'* 26 *Marzo e* 21 *Maggio* 1819.

L'applicazione del citato decreto e delle citate leggi è evidentemente fallace. Si sono abolite le consuetudini, ma non i patti. Abolite le consuetudini, i nuovi patti che vorrebbero perpetuarne tra noi il disposto non reggono, ma non è così de' patti antichi sanzionati una volta dalla legge. I patti nuovi incontrerebbero il disfavore della legge nuova sotto cui sarebbero stipulati. I patti antichi ebbero il favore della legge vigente all'epoca della loro stipulazione. La legge nuova non si retrotrae fino al punto di equiparare i patti antichi costituiti validamente secondo la legge allora vigente, a' patti nuovi costituiti invalidamente contro la legge attualmente in vigore.

Allorchè i contraenti si ligano con un patto, sia questo patto conforme nelle sue clausole alle leggi vigenti all' epoca del contratto, o sia concepito con clausole diverse, l' abolizione della legge non porta mai seco l' abolizione del patto. Giudicandosi diversamente si è formalmente violato l' art. 2 *delle leggi civili* (17).

Tanto più che il patto di Capuana e Nilo, nelle sue clausole come nel suo oggetto, non era, come è piaciuto supporre, conforme alla consuetudine si quis vel si qua, *ma ne era ben diverso. Quella consuetudine non escludeva i genitori dalla successione del figlio come li escludeva il patto. Il suo impero era limitato solo su' beni del distretto di Napoli. Il patto si estendeva su' beni siti in tutti i punti del Regno* (18).

Questa ultima osservazione dimostra che la consuetudine non

---

(17) La piena confutazione di tutto questo sta ne' numeri 20, 21, 22, 28, 29 e 30.

(18) La risposta vedesi ne' numeri 3, 4, 5, 6, 20, 21 e 31.

era, come lo ha creduto la Gran Corte nè l'appoggio nè la causa efficiente di quel patto. Secondo la consuetudine la successione lineale cessava per l'esistenza de' genitori ed era limitata a' pochi beni del distretto. I contraenti che avevano l'intenzione assai più ampia, d'impedire per tutti i loro beni ed in tutti i casi il passaggio del loro patrimonio da famiglia a famiglia, attendevano a questo loro fine con un patto assai ampio del disposto della consuetudine; tanto erano lontani dal conformarvisi. La causa del patto era nel desiderio naturale della conservazione de' proprj beni nella propria linea. Ama ciascuno di veder perpetuato fra' congiunti del proprio nome il godimento de' proprj beni, anzichè vederli passare in famiglia straniera; e la consuetudine non servendo completamente a questo scopo, i contraenti vi surrogavano un patto assai più ampio.

Si è interpetrato troppo letteralmente ciò che taluni consuetudinisti hanno scritto che il patto di Capuana e Nido non era che una successione juxta consuetudinem addita parentum exclusione. *A parte l'estensione del patto per il Regno, deve osservarsi che que' consuetudinisti hanno usato questo modo di esprimersi unicamente per trarne la conseguenza che, nella parte del patto conforme alla consuetudine, le quistioni che potessero sorgere sulla intelligenza del patto dovevano per effetto di questa conformità decidersi allora ne' stessi termini della consuetudine per quella parte adottata* (19).

Nè l'appoggio del patto era, relativamente a' congiunti, nella disposizione della consuetudine sulla successione lineale. L'appoggio del patto era nella legge generale di quel tempo che permetteva questi patti di famiglia; e sopra tutto la forza di quel patto istesso era riposta nell'arbitrio che dava allora la legge a ciascuno de'

(19) Ved. i numeri nella precedente annotazione citati.

due conjugi, come ad ogni altro privato, di disporre de' proprj beni a volontà e d' invertire l' ordine successorio legittimo, sia con i patti sia con le disposizioni testamentarie (20).

Questi patti inversivi dell' ordine successorio sanzionati allora dalla legge oggi non è più permesso stipularli; ma, come è testualmente stabilito pe' patti successorj delle donne maritate rinunciante, la legge nuova ha rispettato quelle antiche stipulazioni.

Sconoscendo questi principj la Gran Corte è incorsa in più violazioni e false applicazioni di leggi. Specialmente ha violato l'uso generale avente forza di legge in tutta Europa, secondo il quale era permesso a ciascuno la più ampia facoltà di disporre de' proprj beni e d'invertire l'ordine successorio legittimo; ed ha erroneamente creduto che la consuetudine si quis vel si qua *che era una particolar consuetudine* civitatis *potesse estendersi per propria forza a tutto il regno.*

La G. C. è caduta in questi errori, interpetrando anche troppo letteralmente ciò che ha enfaticamente detto talun consuetudinistà che i contraenti trasportavano la consuetudine fuori del distretto o trasportavano nel distretto i beni siti negli altri punti del regno. Questa seconda operazione non era possibile per se stessa; ed alla prima resiste la legge che circoscrive tra il recinto della città la consuetudine particolare civitatis. *Se i privati non avessero potuto far tacere nel regno l' ordine successorio legittimo per effetto dell' estesa facoltà di disporre accordata loro dalla legge generale di quel tempo, non l' avrebbero certamente potuto per effetto della consuetudine che fuori Napoli era senza vigore. La consuetudine non poteva comunicare a' contraenti una facoltà di cui la consuetudine istessa era priva.*

(20) La risposta a queste improprietà sta nel num. 18.

Se dunque la facoltà de' contraenti di chiamar ciascuno a succedere ne' proprj beni i proprj congiunti contro l' editto successorio del Regno che vi chiamava anche i congiunti dell' altra linea, non nasceva dalla consuetudine ma dalla legge generale; l' esclusione de' congiunti dell' altra linea che era una conseguenza necessaria della mentovata inclusione non può dirsi, soprattutto per i beni fuori distretto, che derivasse dalla consuetudine; per cui l' abolizione della consuetudine istessa non può mutare il diritto scambievole de' congiunti di ambedue le linee (21).

La legge generale che permetteva simili disposizioni è cambiata, ma questo cambiamento non produce l'invalidità di un patto valido all' epoca delle legge sotto la quale fu formato (22).

5. *La G. C. ha considerato che i diritti a succedere, accordati dalle leggi innovative non sono offesi da antichi patti rinunziativi che non si estendono* ad non cogitata, *ed a casi diversi; soprattutto quando la legge nuova cambia lo stato delle cose* (23).

Così ragionando si è violato il Decreto de' 4 Marzo 1817 *e la legge su' patti antichi* (24).

Specialmente per i beni fuori distretto le nuove leggi non sono state innovative delle antiche. Allora come oggi erano chiamate a succedervi ambo le linee. Non può dunque parlarsi nè di casi diversi nè dirsi che i contraenti non abbiano pensato all' esclusione di cui oggi si contende (25).

---

(21) Contraddizione co' principj difesi dal ricorrente in G. C. Civile, e colla verità — Ved. i num. 18 e 31.

(22) Vedete per risposta il num. 31.

(23) Ripetizione degli stessi errori — Ved. i num. 20, 21 e 22.

(24) Ved. in contrario i num. 32 e 33.

(25) V. le risposte date ne' numeri 20, 21, 28, 29, 30 e 31.

Nulla di più ampio e di più certo quanto il voto de' contraenti per la conservazione de' beni in famiglia in tutti i casi, in tutti i tempi, per tutti i beni. Il patto stabiliva un ordine di succedere ristretto a' proprj congiunti, diverso allora come oggi dall' ordine successorio del Regno. In ciò non vi è stato cambiamento ed il Decreto di Marzo 1817 *prova ad evidenza che agli occhi della nuova legge i principj della nuova legislazione non tolgono la forza a' patti antichi.*

La G. C. ha considerato che il patto di Capuana e Nilo era patto d' inclusione de' proprj congiunti. Ciò importa appunto che per questa inclusione, figlia della libera disposizione de' proprj beni, non vi era bisogno del concorso de' congiunti dell' altra linea.

Ma la Corte si è servita di questa nozione per se stessa esatta, per trarne una conseguenza assai fallace. La consuetudine, ha detto, operava questa medesima inclusione, dunque i contraenti l' adottavano. Quindi abolita questa consuetudine è caduto anche il patto sopra tutto per i congiunti de' contraenti, chiamati a succedere per proprio diritto.

Con questa considerazione si è violata la legge sulla non retroattività (*a*) *, la quale rispetta i patti antichi indistintamente nella parte in cui erano uniformi alla legge antica come in quella in cui n' erano difformi* (26).

Più la Corte si è contraddetta. Se i contraenti includevano ciascuno i proprj congiunti; se questa disposizione pattizia esclusiva de' congiunti dell' altra linea era valida secondo le leggi di allora, senza bisogno del concorso de' congiunti, non può dirsi che oggi

(*a*) Art. 2 Leg. civ.

(26) La confutazione sta ne' num. 27, 28, 29 e 30.

sia divenuta invalida a loro riguardo. Se manca in un contratto un estremo non richiesto dalla legge sotto cui si è stipulato, non può perciò alterare in prosiegno il patto unicamente perchè la legge nuova, ristretta sempre a' patti nuovi, richiede oggi un tal estremo (27).

6. *La G. C. ha detto che i Pignatelli nè furono essi i patteggiatori nè sono di loro eredi.*

Questa posizione è in contraddizione con le narrative concordate: ciò che costituisce il più potente mezzo di annullamento. Cambiato il fatto, su cui cadono le decisioni, cambia il diritto (28).

De' contendenti, il Principe Luigi intervenne personalmente ne' capitoli ove è scritto il patto in quistione, la cui osservanza fu congiuntamente stipulata da tutti i contraenti (29). *Egli e gli altri fratelli per l' intermedia persona di Salvatore Folgori sono eredi di ambo i conjugi. Se Salvatore Folgori, erede di ambo i genitori, doveva rispettare il loro stipulato, non può dirsi che i di lui eredi vi si possono sottrarre. Sconoscendo questo principio la G. C. ha violato la* l. 65 de verb. signif. (30). *Ed eredi di Sal-*

---

(27) V. i numeri medesimi.

(28) Bravo! Dunque le narrative concordate stabiliscono che non Salvatore Folgori fu erede dei suoi genitori, ma gli zii Pignatelli! Dunque le narrative stabiliscono che il patto di Capuana e Nido fu stretto, non dagli sposi Ferdinando Folgori e Marianna Pignatelli, ma dai fratelli di costei! Dunque le narrative stabiliscono la pruova di un matrimonio incestuoso! E si può dir di meglio per provare il demerito del ricorso; e sublimare la decisione al grado più eminente di giustizia? — Del resto, Ved. i num. 19, 20, 21, 22, 26, 27, 28, 29 e 30.

(29) Errore svelato ne' num. 7 ed 8.

vatore sono senza dubbio i Pignatelli, hanno essi giudiziariamente udito la di lui eredità, e niuno contrasta loro in questa eredità il ricco patrimonio provveniente dal lato materno.

La madre de' Pignatelli intervenne parimenti ne' capitoli per se e per i suoi eredi. I Pignatelli sono eredi della madre (31).

7. *La G. C. ha considerato che il patto di Capuana e Nilo conteneva una sostituzione fedecommessaria caduta sotto l'abolizione di tali sostituzioni.*

In ciò la G. C. ha falsamente applicato la legge de' 15 Marzo 1807. Quella legge colpisce le sostituzioni contenenti vincoli di beni, e non fu resa che in favore della libertà de' beni che saggiamente si sono voluti rimettere in commercio. Il patto di Capuana e Nilo non conteneva vincolo alcuno, ammetteva anzi la più ampia facoltà di disporre, anche con atti di ultima volontà. Si limitava ad invertire l'ordine successorio. Oggi ciò è vietato, ma soltanto per l'avvenire. La Gran Corte che ha estesa questo divieto alle antiche disposizioni ha violato e falsamente applicato l'articolo 1343 delle leggi civili che in termini positivi non pronuncia questo divieto se non pel tratto successivo (32).

8. *La G. C. ha riguardato il patto come un patto di successione che, per i beni paterni non istabilisce diritto di ritorno; ma stabilisce bensì questo diritto per la dote.*

Secondo questo principio il patto per la dote, a cui si riduceva ordinariamente nel vecchio sistema tutto il patrimonio delle donne, sarebbe efficace anche oggi e nol sarebbe pe' beni paterni. Questa

---

(30 e 31) La risposta sta ne' num. 7, 8, 9, 10 ed 11.

(32) La piena confutazione di questo mezzo sta ne' num. 22, 23, 24 e 25.

diversità resisterebbe a quella uguaglianza che la legge esige ne' patti. D' altronde la G. C. si è illusa sull' espressioni del patto le quali parlano di successione. La successione è una voce del genere che disegna il passaggio de' beni dal defunto al sopravvivente: il ritorno è una delle specie di questa successione (33).

Nè, come lo ha espresso la Corte, la rinuncia della madre sarebbe stata altrimenti oziosa. Anche il padre rinunciava alla dote, mentre per la dote la decisione ha riconosciuto il diritto di ritorno. La rinuncia di ambo i conjugi serviva per esprimere il loro mutuo consenso al matrimonio cui si dava questa legge della conservazione de' beni in ciascuna linea; e serviva per evitare che il patto si fosse interpetrato, come si era opinato per la consuetudine, per la non esclusione de' genitori (34).

9. *La G. C. ha considerato che i diritti de' rinunciatarj essendo de' diritti eventuali e di mera aspettativa, la legge ha potuto annientarli senza vizio di retroattività.*

Ma si è a tal modo obbliato che i diritti eventuali nascenti, non dall'editto successorio, ma da patti particolari sono conservati, come ne fan pruova i diritti certamente eventuali de' rinunciatarj delle donne maritate. La G. C. ha dunque violato sotto un nuovo rapporto il decreto de' 4 marzo 1817 *e l'articolo secondo delle leggi civili* (35).

10. *Cade lo stesso mezzo di annullamento sull'altra osservazione della Corte che, ammettendosi la validità del patto antico si conserverebbe per secoli una successione pattizia, ed il patto di Capuana e Nilo si troverebbe annullato pe' beni del distretto, e conserva-*

---

(33) La risposta è ne' num. 3 e 17.

(34) Ved. i num. 3 e 4.

(35) Ved. le risposte ne' num. 28, 29 e 30.

to per i beni fuori distretto: ciò sottoporrebbe una stessa eredità a due diverse legislazioni.

Il decreto de' 4 Marzo ha mantenuto le successioni pattizie ed ammette così, sotto la stessa legge, due modi di succedere, il legittimo ed il pattizio secondo i soli contratti antichi. Se i rinunciatarj succedono esclusivamente sotto le leggi vigenti che chiamano indistintamente i maschi e le donne e che vietano in oltre il patto della rinunzia, ciò non avviene se non in forza di questo patto medesimo stipulato però sotto le leggi antiche.

Nè l' inconveniente di un doppio modo di succedere pe' beni dentro e fuori distretto è da temersi. Il patto che contiene gli uni e gli altri deve osservarsi per gli uni e per gli altri; e già si è detto che i patti antichi si osservano sempre, o che siano conformi nelle loro clausole alle leggi vigenti in tempo della stipula, o che siano difformi da quelle leggi; purchè non si tratti di clausole vietate in tempo del contratto (36).

D' altronde, anche nella nuova legge vi è l' esempio di uno stesso patrimonio regolato in due modi diversi. De' beni del figlio naturale i fratelli legittimi ne prendono le cose pervenute dal padre comune: il resto va a' figli naturali (37).

(36) V. i num. 28, 29 e 30.

(37) Ma è questo un ritorno legale, il quale non può trarsi oltre il caso per cui è stabilito. I fratelli e sorelle del figlio naturale non succedono a costui ne' beni di proprio acquisto allorchè sianvi fratelli e sorelle anche naturali, o loro discendenti; ma i beni che derivarono dal padre comune, la legge gli deferisce a' soli legittimi, ed in tal modo va a compensarli della loro esclusione dal concorrere co' fratelli e sorelle naturali del germano premorto, in quanto a' beni di proprio acquisto (b). Or vedete se una determinazione specialis-

(*b*) *Art.* 681 *LL. CC.*

11. *La G. C. ha considerato che il patto di Capuana e Nilo non può riguardarsi come un' istituzione contrattuale perchè in simili istituzioni l' erede dev' esser certo e l' istituzione dev' essere in favore di uno de' paciscenti o discendenti da esso.*

Per legge l'erede è riguardato come certo, ogni qual volta possono variare le persone; ma il collegio di queste persone è certo, come nell' istituzione di un collegio, nell' istituzione de' poveri e di una corporazione qualunque, e nell' istituzione de' figli di un individuo; o, come nella specie, nella istituzione de' congiunti del proprio nome, istituzione in cui il testatore può ignorare le persone individuali che saranno suoi eredi, ma nella quale la corporazione istituita è certa.

Nell' adottare una diversa teoria, la Gran Corte ha violato il §. 12 Haer. instit. *le* LL. 8 e 12 C. de Haer. instit. (38).

sima e per una caso tutto singolare, possa apprestar le armi per conservare una successione per linee e con distinzione di beni, la quale interamente rovescia il sistema organico delle successioni legittime !!!

(38) È veramente una sventura quella di dover in Corte Suprema ricordare le definizioni. *La istituzione contrattuale è una disposizione tra vivi ed a titolo universale, la quale fa un erede indipendentemente dalla legge* (c). — E secondo Laurière, la istituzione contrattuale è *una donazione irrevocabile di successione o di una parte di successione, fatta per contratto di matrimonio a vantaggio di uno de' coniugi, o de' figli che dovranno nascerne* (d). Da ciò segue il principio che nelle istituzioni contrattuali, le quali si facciano ne' contratti di nozze, non si può eleggere altro erede, se non che uno de' coniugi o i suoi discendenti. *A riguardo delle istituzioni per con-*

(c) *Questa è la definizione che leggesi nel Repertorio universale di giurisprudenza nel principio dell' articolo* Institution contractuelle.

(d) *Siffatta definizione si legge anche nello stesso articolo del Repertorio universale di giurisprudenza, alla fine del paragrafo secondo.*

Più: nella specie gl' istituiti cioè i Folgori sono eredi non solo di uno de' paciscenti ma lo sono di ambedue (39). *La stessa decisione impugnata non ha negato loro questa qualità nè la negano i Pignatelli: la quistione si limita a vedere se i Folgori, eredi certamente de' paciscenti per l' intermedia persona di Salvatore, siano eredi in totalità o in parte ne' beni di Ferdinando Folgori; e certamente la disposizione inclusiva de' prossimiori del proprio nome*

---

tratto di matrimonio (è Merlin che parla), *i futuri sposi ed i loro figli da nascere, sono i soli che vi si posson comprendere* (e). *Dal che nasce*, dice Fourgole, *che se un padre, maritando uno de' suoi figliuoli, istituisca il futuro sposo ed un altro suo figliuolo, la istituzione contrattuale non sarebbe valida in favor di colui che non contratta il matrimonio, come benissimo decidono Lebrun, Fernande, Auroux des Pommiers e Boucheul* (f).

Merlin va più oltre, ed esamina anche la quistione se una istituzione contrattuale, la quale si facesse in vantaggio di persone diverse da quelle che contraggono il matrimonio, o de' loro figli da nascere, dovesse almeno valere come donazione tra vivi o come disposizione a causa di morte? E dopo le ragioni esclusive dell' una e dell' altra, conchiude a questo modo: *Bisogna dunque tener per costante che le instituzioni inserite ne' contratti di matrimonio a profitto di persone diverse da quelle de' futuri sposi o de' loro figli nascituri, non possono essere eseguite nè sotto la denominazione che le parti contraenti loro abbian data, nè sotto quella di donazione tra vivi, nè finalmente come disposizione a causa di morte* (g).

Questi principj, mentre rialzano il merito della decisione della G. C., dimostrano erronee le dottrine de' ricorrenti.

(39) Erede de' paciscenti fu il loro figlio. V. i num. 9 e 13.

(e) *Merlin al luogo citato*, §. 5, *n.* 2.
(f) *Vedete Merlin al luogo citato*, §. 5, *n.* 5.
(g) *Merlin al luogo citato*, §. 5, *n.* 6.

non è, tolta ogni inutile quistione di parole, se non la loro chiamata, la loro istituzione, il loro appello, il loro invito a succedere (40).

Nella decisione si soggiunge che questo invito, questa chiamata de' prossimiori era determinata a forma della consuetudine; ma già abbiamo osservato che la disposizione de' contraenti s'incontrava per accidente col disposto della consuetudine, ma che in realtà nel loro oggetto i paciscenti si proponevano di conseguire un fine assai più ampio (41).

12. *Infine la Gran Corte ha considerato sul decreto de' 4 Marzo* 1817 *che le rinunzie delle quali vi è quistione nulla hanno di comune col patto di Capuana e Nido per doppio motivo: prima perchè le rinunzie di cui è parola in quel decreto si facevano dalla dotata a pro del dotante, e contenevano una specie di transazione; secondo perchè nel patto di Capuana e Nido i prossimiori non intervenivano.*

Così ragionando si è violato il citato art. 2. *delle LL. Civili sulla non retroattività della legge; quell'articolo non istabilisce certo che per le sole transazioni le nuove leggi non abbiano effetto retroattivo, ma lo stabilisce in termini generali per ogni specie di patto antico validamente stipulato.*

Più, quelle rinunzie come si è già detto non erano che un patto inversivo, come quello di Capuana e Nido, dell'ordine successorio legittimo; e le cose già osservate provano che il principio stabilito da quel decreto ha conservato simili patti.

È di principio che, ne' casi non specificati dalla legge, non

---

(40) La confutazione sta ne' num. 15, 16, 19, 22, 23 e seg.

(41) Vedete in contrario i num. 4, 5, 6 e 15.

si può adottare un sentimento opposto a quello stabilito dalla legge ne' casi specificati.

Nè il non intervento de' prossimiori mette in ciò la menoma differenza; dappoichè se sotto le leggi antiche il patto era efficace contro i prossimiori non intervenuti, la nuova legge non può distruggere questa efficacia senza vizio di retroattività (42).

Infine se nel patto di Capuana e Nido si desiderano i non necessarj requisiti della transazione, questi requisiti anche vi sono. I paciscenti per essi e per i loro prossimiori cedevano in transazione il diritto a partecipare a' beni dell' altra linea per conservare tutto intero il diritto di succedere nella linea propria.

Ciò importa quel patto inclusivo de' proprj congiunti e contemporaneamente esclusivo de' congiunti dell' altra linea: cose riconosciute nella stessa decisione (43).

Così quest'ultima considerazione della Corte è in contraddizione con le considerazioni precedenti; e chiaramente vi si manifesta la conculcazione del decreto di Marzo 1817, *e de' principj sulla non retroattività: conculcazione che si manifesta dalle prime alle ultime linee di questa parte della decisione, nella quale si è illegalmente trasportato l' impero delle nuove leggi all' epoca di quell' antico patto validissimo, onde togliergli così quella efficacia che la legge antica gli dava, che la nuova legge non gli ha tolta* (44).

---

(42) V. i num. 14, 15, 21, 22, 28, 29, 32 e 33.
(43) Vedete i num. 15, 19, 20, 21, 22 e seg.
(44) V. i num. 32 e 33.

Osservazione generale, e conchiusione.

Non abbiamo dato una risposta particolare a' due ricorsi su lo stesso argomento, prodotti da D. Nicola e D. Rachele Folgori, perciocchè i mezzi da cui si veggon nutriti son tutti transfusi nel ricorso del loro germano D. Francesco Folgori. La risposta rivolta a costui val dunque per tutti.

Laonde tutti e tre i signori Folgori, avendo manifestamente fatto de' vani sforzi per abbattere la decisione impugnata, non a torto speriamo dalla Suprema Corte di Giustizia il rigetto assoluto de' tre ricorsi prodotti.

Napoli 10 marzo 1824.

Pasquale Lentini.
Filippo Carrillo.

Dalla Tipografia Zambraja.